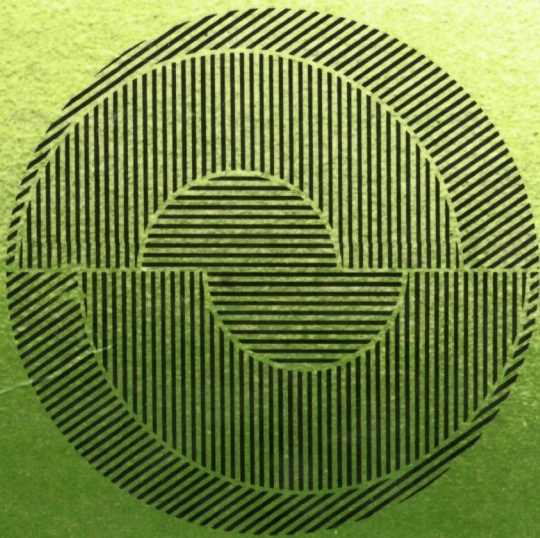


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1977

ANO 14 • NÚMERO 53

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 14 n. 53 — janeiro/março 1977

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961—1967)

e

Dr. ISAAC BROWN
Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal
(1946—1967)

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Capa de **GAETANO RÉ**

Composição e impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Anexo I, 11º andar — Telefone: 23-4897 — 70000 — Brasília-DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 14	n. 53	jan./mar. 1977
-----------------	----------	-------	-------	----------------

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração
são de responsabilidade de seus autores

Preço deste exemplar: Cr\$ 30,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria
de Edições Técnicas

Tiragem: 10.000 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA
PIDESE CANJE
ON DÉMANDE L'ÉCHANGE
WE ASK FOR EXCHANGE
SI RICHIERE LO SCAMBIO

Revista de Informação Legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-
Brasília, Senado Federal.

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa, ano 9- n. 34-
publ. pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

	Pág.
O SESQUICENTENÁRIO DO SENADO NA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA	
Apresentação —	5
Saudação da Universidade de Brasília ao Senado Federal — <i>José Carlos de Almeida Azevedo</i>	7
O Legislativo e a Universidade — <i>Senador Magalhães Pinto</i>	9
Comprometimento democrático da Universidade — <i>Mozart Victor Russomano</i>	11
A função de controle do Congresso Nacional — <i>Josaphat Marinho</i>	17
O Senado e a Questão Religiosa — <i>David Gueiros Vieira</i>	39
Democracia Representativa — <i>José Carlos Brandi Aleixo</i>	67
O Parlamento no mundo atual — <i>Vamírek Chacon</i>	93
COLABORAÇÃO	
Hermenêutica constitucional — <i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	113
Situação histórica da teoria pura do Direito — <i>Nelson Saldanha</i>	145
Participação em lucro — <i>José Martins Catharino</i>	157
Direito do Trabalho, Fundo de Garantia e personalidade jurídica — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	169
A discriminação contra o trabalho feminino — <i>Florianio Corrêa Vaz da Silva</i>	179
Contrato de reprodução de obra intelectual — <i>Fábio Maria de Mattia</i>	201
Estelionato e falsidade — <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	217
Falsidade ideológica decorrente do registro de filhos alheios como próprios — <i>Antônio Chaves</i>	221
Aplicação do princípio de ampla defesa no processamento administrativo disciplinar — <i>Rubem Rodrigues Nogueira</i>	237
Julgamento do processo administrativo disciplinar — <i>Venero Caetano da Fonseca</i>	245
Justiça administrativa. Cooperação do Poder Executivo com o Poder Judiciário. Uma opção do estado jurídico atual — <i>Antonio Felipe A. Gallo</i>	251
Aspectos da improdutividade da justiça — <i>Osmar Alves de Melo</i>	259
O Centro Nacional de Estudos Judiciários do Direito Francês (atual "École Nationale de la Magistrature") e a reforma do Judiciário no Brasil — <i>Carlos Alberto Provenciano Gallo</i>	271
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	293

O Sesquicentenário do Senado na Universidade de Brasília

APRESENTAÇÃO

Em homenagem ao Sesquicentenário da instalação dos trabalhos do Senado, a Universidade de Brasília promoveu, através do Departamento de Direito, um Curso sobre o Senado Federal, realizado, de 22 a 26 de novembro de 1976, no auditório da Reitoria da UnB.



Instalação do Curso sobre o Sesquicentenário do Senado, promovido pelo Departamento de Direito da Universidade de Brasília. O Reitor da UnB, Professor José Carlos de Almeida Azevedo, preside a sessão, vendo-se à Mesa o Senador José de Magalhães Pinto, Presidente do Senado Federal, o Ministro Djaci Falcão, Presidente do Supremo Tribunal Federal, e o Ministro Mozart Victor Russomano, do Tribunal Superior do Trabalho, conferencista.

Instalado solenemente, sob a Presidência do Reitor José Carlos de Almeida Azevedo, presentes o Presidente do Senado Federal, Senador José de Magalhães Pinto, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Djaci Falcão, e inúmeras autoridades, o curso obedeceu ao seguinte programa:

DIA 22 — 10 horas — Instalação do Curso pelo Prof. JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA AZEVEDO, Reitor da Universidade de Brasília.

Homenageado: Senador JOSÉ DE MAGALHÃES PINTO, Presidente do Senado Federal.

Conferencista: Prof. MOZART VICTOR RUSSOMANO

DIA 23 — 10 horas — Presidência: Prof. JOSÉ PEREIRA LIRA

Expositor: Prof. JOSAPHAT MARINHO

Tema: "A função de controle do Congresso Nacional"

Debatedores: Profs.: INOCENCIO COELHO e HERMENITO DOURADO.

DIA 24 — 10 horas — Presidência: Prof. ROBERTO CARDOSO DE OLIVEIRA

Expositor: Prof. DAVID GUEIROS VIEIRA

Tema: "O Senado e a Questão Religiosa"

Debatedores: Profs.: GENTIL MARTINS DIAS e NELSON GOMES

DIA 25 — 10 horas — Presidência: Prof.: DAVID GUEIROS VIEIRA

Expositor: Prof. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO

Tema: "Democracia Representativa"

Debatedores: Profs.: CARLOS HENRIQUE CARDIM e REGINA LÚCIA DE MORAES MOREL

DIA 26 — 10 horas — Presidência: Prof. JOSÉ FRANCISCO PAES LANDIM

Expositor: Prof. VAMIREH CHACON

Tema: "O Parlamento no Mundo Atual"

Debatedores: Profs.: VILMA MENDONÇA FIGUEIREDO e MAURÍCIO VINHAS DE QUEIROZ.

Todas as sessões foram gravadas pela Subsecretaria Técnica de Operações e Manutenção Eletrônica, taquigrafadas das gravações pela Subsecretaria da Taquigrafia e revisadas pelos Conferencistas e Debatedores.

Saudação da Universidade de Brasília ao Senado Federal

Prof. JOSÉ CARLOS DE ALMEIDA AZEVEDO
Reitor da Universidade de Brasília



O Reitor da Universidade de Brasília, Professor José Carlos de Almeida Azevedo, inaugura o Curso sobre o Senado Federal.

É com satisfação que a Universidade de Brasília instala o curso sobre o Sesquicentenário do Senado, promovido por seu Departamento de Direito, e homenageia a instituição que, ao longo de um século e meio de existência, tem sido o arauto das virtudes e anseios da sociedade brasileira. Por uma feliz coincidência, essa comemoração se dá no momento em que o Senado Federal é presidido por um dos mais eminentes brasileiros, o ilustre Senador José de Magalhães Pinto, um amigo desta casa.

Devo ressaltar a propriedade e a justeza da iniciativa do Departamento de Direito da UnB, chefiado pelo Professor

José Francisco Paes Landim; é que, já na primeira legislatura do Senado do Império, se discutiu a proposta de lei de criação dos cursos jurídicos de nosso País iniciando-se aí a fecunda interação que tantos benefícios tem trazido à cultura jurídica brasileira.

Não se descuidou a Universidade de Brasília dos anos 70 de enfatizar o estudo e a pesquisa das instituições políticas; uma prova disso é a recente criação do Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais, que vem dar ressonância às palavras proferidas pelo ilustre brasileiro, Senador José de Magalhães Pinto, na Faculdade de Direito da USP:

“Sem seu ativo concurso, não será fácil organizar-se politicamente um país segundo os mais altos padrões de civilização.”

Ciente da responsabilidade que lhe pesa sobre os ombros — a de moldar o cidadão que irá dirigir o Brasil nos próximos anos —, e igualmente cônica de que a crise dos tempos modernos (não só a crise da palavra e nem só a crise das idéias) é também a crise da consciência jurídica, esta Universidade tudo tem feito pela melhoria do ensino e do aprimoramento de seus alunos para o exercício da cidadania. Por isso, é com alegria que lhe passo às mãos o primeiro exemplar da Revista *Documentação e Atualidades Políticas*, trabalho de professores daquele recém-criado departamento, tendo à frente os Professores Walter Ramos da Costa Porto e Carlos Henrique Cardim. E assinale-se que essa importante revista pôde nascer graças ao apoio de Vossa Excelência e do não menos ilustre Senador Dinarte Mariz.

Prezados Senhores, ao declarar aberto o ciclo de debates sobre o sesquicentenário do Senado, toda a Universidade de Brasília homenageia o ilustre Senador Magalhães Pinto, homem público vitorioso, honrado, culto e destemido. Homenageamos igualmente, em Vossa Excelência, a compreensão que não se confunde com o acomodamento, a tolerância que nunca deu lugar à vacilação e a coragem e decisão que nunca ombream com a simulação e a imprudência. Homenageamos ainda, em sua pessoa, o ilustre brasileiro que combateu o aviltamento do Estado Novo e se colocou, à primeira hora, contra os que, antes de 64, pretendiam, com inexcedível vesânia, submeter nosso Brasil cristão ao guante do comunismo internacional. E homenageamos finalmente, em Vossa Excelência, o cidadão que, somando esforços com as nossas gloriosas Forças Armadas, se insurge contra os pseudo-democratas que falam em liberdade, para destruí-la, e que buscam subverter os valores em que se alicerça a formação democrática e cristã de nosso povo, a qual o Senado Federal soube preservar.

O Legislativo e a Universidade

Senador MAGALHÃES PINTO

Cabe-me agradecer ao Magnífico Reitor, José Carlos de Almeida Azevedo, e ao Diretor do Departamento de Direito, Professor José Francisco Paes Landim, pela homenagem que, na minha pessoa, é prestada ao Senado Federal. Meus agradecimentos se estendem ao Ministro Mozart Victor Russomano, tão apropriadamente escolhido para abrir este curso com o costumeiro brilho.

Entre os salutares resultados das comemorações do Sesquicentenário do Poder Legislativo, avulta o processamento de mais íntima integração entre ele e a Universidade. A concomitância de acontecimentos tão significativos, como foram a instalação do Parlamento e dos Cursos Jurídicos do País, serviram de tema a conferências e debates nas Faculdades de Direito das Universidades de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Em ambas as oportunidades, foi colocada em realce, com a devida ênfase, a identidade de ideais dos que cultuam o Direito e dos que, legislando, lhe emprestam novas formas e maior amplitude.

Ensina o Professor Marcelo Caetano que “o Direito não se cristaliza em formas fixas e imutáveis. Evoluciona”.

E a evolução se processa, precisamente, através da ação política, que dita as normas adequadas, forçadas pelos acontecimentos.

Coroando este ano de comemorações, o Departamento de Direito da Universidade de Brasília promove este Curso sobre o Sesquicentenário do Senado Federal. Se as outras Universidades, em suas promoções, jogaram com o peso da tradição e de um glorioso passado posto a serviço dos ideais democrá-

ticos e das aspirações nacionais, esta Escola ostenta a força impetuosa da renovação.

Vizinha dos Poderes da República, goza de maior intimidade dos problemas nacionais. Tem deles, em conseqüência, uma visão mais perfeita. E pode, naturalmente, desempenhar um dos papéis mais característicos da Universidade moderna: o de servir de laboratório de idéias a serem examinadas, tanto pelo Executivo como pelo Legislativo e pelo Judiciário.

A esta iniciativa do Departamento de Direito da UnB, o Senado empresta esse significado. E manifesta a esperança de que ela se multiplique, de modo que a integração Parlamento-Universidade não se limite ao campo do idealismo nem se formule apenas em épocas comemorativas. É mister em prestar-lhe constância, de modo que os ideais sejam perseguidos e alcançados.

Entre eles, avultam, nos dias de hoje, os do aperfeiçoamento democrático e do desenvolvimento sócio-econômico. A contribuição dos estudos, a respeito, processados no âmbito universitário, pode ser valioso subsídio para a ação política.

Em ordem inversa, a melhor compreensão da ação política pelos corpos docente e discente das universidades constituirá, por si só, um instrumento a mais posto a serviço da perfeição institucional.

Ademais, a exata compreensão do fenômeno político levará ao despertar de vocações latentes na juventude, que vem revelando um crescente desencanto pela função pública, por falta quer de motivação quer de conhecimento.

E isso é perigoso para o futuro do País. A Nação depende, hoje, de nossa geração. Mas, amanhã, estará entregue a nossos filhos e aos filhos de nossos filhos. Há que prepará-los adequadamente para o exercício dessa missão, dentro dos eternos e inarredáveis princípios da liberdade e do humanismo. A formação de novos quadros de dirigentes políticos é uma necessidade tão ou mais imperiosa quanto a formação de quadros administrativos e empresariais.

Um esforço conjugado da Universidade e do Congresso Nacional pode ser decisivo nessa momentosa tarefa.

Estou certo de que todos quantos participarem destas aulas sairão convencidos desta verdade: o Poder Legislativo é a alma da Nação. E nenhuma nação pode sobreviver sem alma.

Comprometimento democrático da Universidade

Prof. MOZART VICTOR RUSSOMANO



Ministro Mozart Victor Russomano

Minha presença neste ato tem o respaldo de dois equívocos.

O primeiro equívoco resulta de um erro de juízo de valor. Esta Casa é rica de especialistas em Direito Constitucional e em Ciência Política, alguns dos quais ilustrarão o curso em homenagem ao Senado Federal, no ano de seu Sesquicentenário, que hoje vai iniciar-se. Outros, portanto, melhor do que eu, deveriam ser, neste ato, o intérprete da Universidade de Brasília; em particular, de seu Departamento de Direito, chefiado pelo nosso ilustre colega, Prof. José Francisco Paes Landim.

O segundo equívoco decorre de pequeno erro tipográfico. No convite que circulou entre todos vós, com excessiva generosidade, fui posto na posição de "conferencista". Na realidade, Sr. Presidente do colendo Senado Federal, não trago uma conferência, nem sequer uma palestra. Trago, apenas, duas palavras de admiração e reconhecimento, em nome da nossa Universidade, ao Senado do Brasil e a V. Ex^a, pessoalmente, pela obra cívica que, ao longo dos anos, a Casa de V. Ex^a tem realizado no aprimoramento das nossas instituições republicanas.

Se ao elenco dos equívocos referidos me for permitido acrescentar um terceiro erro, por minha conta exclusiva, cometerei, deliberadamente, um erro literário, começando por um lugar comum, isto é, repetindo que as instituições, ao contrário dos organismos vivos, não envelhecem com o passar do tempo. Ao revés, revitalizam-se. Remoçam todos os dias. Em particular, as instituições políticas recebem o alento rejuvenescente dos séculos quando transitam pelos caminhos iluminados da História, em cujas margens o destino, pouco a pouco, vai plantando as grandes conquistas do espírito e os direitos inalienáveis da Humanidade e de humanidade.

Nosso Magnífico Reitor disse bem, ao dizer que o Senado do Brasil vem do fundo da nossa História Imperial. Vem da infância da nossa Pátria e, ao longo de século e meio, se transformou em um dos repositórios das tradições democráticas do nosso País.

Pela serenidade política de seus dirigentes e de seus integrantes, cercado da confiança e do respeito do nosso povo, o Senado Federal tem sabido viver e sobreviver às crises, não raro tumultuosas, da História Nacional. Se a Câmara dos Deputados, por exemplo, algumas vezes se transforma em grande caixa de ressonância cívica, onde cresce e se multiplica o clamor das reivindicações populares, nas paredes do Senado — que algumas vezes me parecem revestidas de veludo e de camurça —, a experiência ameniza o entrecchoque e eleva o debate, a serenidade acalma o espírito. Graças a tudo isso, faz-se o equilíbrio bicameral entre o povo, que protesta ou aplaude, e a federação, em cuja estrutura subsiste a unidade e a perpetuidade da República.

Gostaria de lembrar, para desdobrá-lo, um pensamento de Stahl: o Poder Legislativo tem a lei como objeto da sua criatividade; o Poder Judiciário nela vê um fim em si mesmo; o Poder Executivo encontra no direito positivo o limite da sua força política e de seu poder administrativo. O Poder Legislativo, como é elementar, cria a lei. Mas o legislador está preso a um princípio que chamo de **princípio do realismo racionalmente progressista**, segundo se atende — sobretudo nos países em desenvolvimento — o indispensável antes do necessário, o necessário antes do útil, o útil antes do supérfluo. O Poder Judiciário recebe essa lei para garantir-lhe a eficácia, pois é o único órgão do Estado que tem força para negar a aplicação da lei — quer ao considerá-la revogada, quer ao considerá-la inconstitucional — e que, ao mesmo tempo, pode cassar os efeitos dos atos administrativos do Governo.

Por outras palavras, a democracia começa no Parlamento, exerce-se no governo e culmina no Tribunal. Sem esse equilíbrio, quando algum

poder perde voz e força, não existe democracia de direito. Quando um poder perde a coragem e se acovarda, não existe democracia de fato.

O Poder Legislativo, ao elaborar o sistema jurídico de um país, e o Poder Judiciário, ao aplicar a lei, criam as balizas dentro das quais se desenvolve a atividade democrática do Poder Executivo.

De certa forma, em certa medida, por isso, é válida a velha idéia liberal que Montesquieu, fazendo seu pensamento saltar sobre o Canal da Mancha, arrancou da doutrina britânica e universalizou, graças ao engenho e à arte do espírito francês: O equilíbrio harmônico entre os poderes do Estado, cada vez menos independentes, cada vez mais interdependentes.

Se procurássemos entre as várias características dos Estados modernos um traço comum e bem definido, sejam eles democráticos ou totalitários, capitalistas ou socialistas, ricos ou pobres, industrializados ou subdesenvolvidos, em todos notaríamos o fenômeno do progressivo fortalecimento do Poder Executivo.

Hoje, quase não se consegue um Estado moderno sem um Executivo forte. Por isso, para que o Poder Executivo seja forte, sem deixar de ser democrático, ele precisa e carece das limitações políticas e dos freios administrativos que resultam da presença catalisadora do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Essa força extraordinária que arma os Governos, transforma o Poder Executivo no instrumento ideal e poderoso, talvez no único instrumento capaz de realizar, globalmente, o planejamento da vida nacional e de executar uma política de desenvolvimento. De desenvolvimento econômico, em uma primeira etapa, que assenta nas idéias tradicionais da justiça comutativa e da justiça distributiva, mas que rola sobre suas próprias engrenagens, gira sobre seus próprios eixos, que transcende seus próprios limites e que chega ao ápice de sua marcha ou que penetra a área maior do desenvolvimento integral, cuja idéia-raiz é a Justiça Social, compreendida e executada como participação direta do povo no grande tesouro das riquezas nacionais.

A Justiça Social transformou o capitalismo burguês do século passado e da primeira metade do nosso século no neo-capitalismo que define, no Ocidente, o estágio histórico em que nos encontramos. Foi ela que fez, há alguns anos atrás, com que se sonhasse, na França, com o "pancapitalismo" da participação geral, embora não uniforme, do homem nas maravilhas do século e nos encantamentos da vida.

Quando na Europa se polemizava, em Paris, sobre as coisas metafísicas do Direito, Léon Duguit não contestou um ponto sobre o qual Michoud e François Géný haviam concordado. A verdadeira tarefa do Direito, através da lei, é introduzir nas relações sociais a idéia de Justiça. Eu digo mais: essa é a tarefa fundamental do Estado moderno, porque, através da lei, através do ato administrativo e através da sentença judiciária, o que se quer, o que o povo espera, o que o povo exige, é Justiça;

Justiça no sentido de elevação da sua própria dignidade, de supressão da miséria e do desemprego, de enriquecimento coletivo e de acesso de todos ao patrimônio resultante desse enriquecimento.

Recordo, meus senhores, que naquela mesma época, em 1910, Croiset, falando na Sorbonne, afirmou: "Toda ciência perece no dia em que se cristaliza em fórmulas imutáveis." O pensamento humano é errático por natureza. A observação, a meditação, a investigação, a revelação e, logo depois, um vir-a-ser infinito de revelações sucessivas. Tudo, no universo e na sociedade humana, é o movimento de algo essencial e profundo, que, teleologicamente, se destina a um fim transcendental e que se auto-revela perenemente. O Estado, como obra humana, também não se cristaliza em fórmulas imutáveis — sejam essas fórmulas políticas, administrativas, jurídicas ou econômicas —, porque, caso contrário, o Estado pereceria. Nada, absolutamente nada, se pode opor ao curso dos acontecimentos e da História, cujo caudal até hoje desafia a barragem das contenções e o muro das violências extremistas. O espírito do homem salta sobre todos os obstáculos. Voa em todos os céus. É inútil aprisioná-lo. Ele se liberta. É inútil comprimi-lo. Ele se expande. A alma do povo é mais forte que a Força, mais bela que a Beleza e mais justa que a Justiça.

Duguit, amarrado, como Prometeu, ao penedo de seu positivismo, disse, com a ironia que lhe era peculiar: "Todas essas especulações filosóficas e metafísicas eu as admiro e me agradam. Não passam, contudo, de belos poemas".

Digo eu que um poema é realmente belo na medida em que o homem sabe transformá-lo em realidade e em ação. Goethe, o grande lírico, formulou o conselho romântico: "Faze de tua dor um poema." Esse conselho pode ser repetido por nós, homens de atividade universitária, aos povos contemporâneos, inclusive ao povo do Brasil, ensinando-lhe a fazer de sua dor um poema, mas ensinando-lhe, também, a fazer desse poema um programa de ação pragmática, ao lado dos nossos dirigentes e dos nossos líderes, para fortalecimento das instituições nacionais, dentro de uma ordem social cada vez mais justa, nascida das dores fecundas da civilização moderna.

Receba, ilustre Senador Magalhães Pinto, esta homenagem como a homenagem da Universidade de Brasília ao Senado Federal e, também, a V. Ex^{ca}, pelos relevantes serviços que a instituição que V. Ex^{ca} representa e que V. Ex^{ca}, pessoalmente, tem prestado ao nosso País, e dos quais nosso Magnífico Reitor, Prof. José Carlos de Azevedo, traçou, em linhas largas e brilhantes, nítida síntese. Por extensão, permito-me estender esta homenagem da Universidade de Brasília aos Srs. Deputados e a todos os legisladores brasileiros, transformando esta homenagem da Universidade de Brasília ao Senado em uma homenagem do espírito universitário nacional à vida política do Brasil.

E peço que não se estranhe um pronunciamento e uma afirmação dessa natureza. A Universidade se insere no contexto nacional como unidade complexa, resultante do encontro e, às vezes, do desencontro de gerações, de aspirações, de reivindicações das quais são representantes

ou titulares aqueles que nela ensinam, que nela pesquisam, que nela estudam, que nela trabalham.

O Cardeal Danielou (cuja morte, em Paris, foi motivo para tantas versões desencontradas e quase certamente injustas) exclamou, certo dia, no Instituto de França: "Não é exato que a Universidade seja apolítica!" Ao contrário, hoje, sabemos nós, ela é essencialmente política, por destinação. A política partidária sim, pára nos seus muros, não atravessa seus portões, não passeia pelos seus jardins, não caminha pelas suas alamedas. Mas Política é participação na vida pública, é exercício da administração, é alcance e realização do poder conquistado. Assim, nela, por natureza e destino, a Universidade está presente. Não lhe cabe, a ela, Universidade, apenas, formar elites de laboratório, profissionais liberais, poetas e pensadores. As elites culturais que ela forma devem dirigir-se, também, à luta pela conquista do poder e pelo exercício do poder.

A formação democrática das elites dirigentes é uma das mais relevantes funções da Universidade contemporânea. Por isso mesmo, nosso Magnífico Reitor, de público, acentuou algo, há pouco tempo passado: nota-se de parte da juventude certo alheamento dos problemas e das soluções políticas do nosso País. Sentimos, por isso, fortemente, que a Universidade tem, realmente, o dever de despertar essa juventude para os horizontes certos ou incertos daquela problemática, despertando vocações políticas com o mesmo entusiasmo e o mesmo élan com que se busca despertar vocações sacerdotais.

Claro não existe uma Física fascista, democrática ou comunista. Não existe uma Química fascista, democrática ou comunista. Não existe uma Matemática fascista, democrática ou comunista. As verificações, os princípios, as leis da Física, da Química, da Matemática são, sempre, os mesmos, independentemente da estrutura política e governamental de determinada nação. Mas, existem, sim, filosofias, sociologias, estéticas, direitos, fascistas, democráticos ou comunistas. E a juventude, dentro da Universidade, deve ter acesso a todas essas variantes do pensamento, para conhecê-las, discuti-las, distingui-las e, entre elas, escolher a melhor, encontrando o caminho certo, que é sempre o caminho da liberdade e da democracia.

Mesmo os técnicos, os pesquisadores, os profissionais liberais, os homens que vivem curvados sobre suas provetas, sobre seus microscópios, manejando seus bisturis, seus livros, seus tratados, seus códigos, mesmo eles, amanhã, serão utilizados, pragmaticamente, pela Nação. Por isso, sua obra também tem sentido político na construção do País; quero dizer: na construção do País em bases concretas, e essas bases concretas, sobre as quais se cria o Estado, essencialmente, são, também, por paradoxal que pareça, bases ideológicas. Em síntese, a Universidade moderna está comprometida consigo mesmo, com o destino político do seu País e com o futuro do mundo em que ela se insere. Para nós, brasileiros, esse comprometimento é um comprometimento democrático. Estamos equidistantes das fórmulas extremistas. Todos os dias fazemos a reiteração do nosso compromisso com um Brasil novo, um Brasil no qual se revigoram os princípios liberais dos direitos do homem, mas que, em termos eco-

nômicos — digo eu em tom pessoal, embora esteja falando em nome da nossa Universidade —, está abandonando, já abandonou, as fórmulas do liberalismo, perdidas no tempo e na distância. Usando o Governo, necessariamente forte, como instrumento de ação para que o País arranque da sua terra e das suas indústrias o máximo de rendimento; mas para que, também, arranque da sua História a maior felicidade possível para todos os homens.

Basta olhar o **mapa mundi**, aberto diante de nossos olhos, para que vejamos o programa politicamente expansionista dos extremismos e do imperialismo doutrinário. As democracias ocidentais se estão transformando em uma ilha cercada de ameaças por todos os lados. Não basta, pois, que haja "paz na terra entre os homens de boa vontade". É preciso algo mais. É preciso que os homens de boa vontade estejam dispostos a manter a paz na terra, enfrentando os homens que não têm boa vontade.

Por isso algumas vezes atrevo-me a pensar que, em certos momentos, a sabedoria oriental é mais cristalina que a sabedoria cristã. Sem querer incorrer no pecado maniqueísta, afirmo que não é mais possível oferecer a outra face ao agressor insólito. É preferível repetir o que dizia Confúcio: "O bem se paga com o bem e o mal se paga com o mal, porque, se pagarmos com o bem o mal que nos façam, amanhã não teremos, no nosso alforge, a moeda adequada para pagarmos o bem que nos façam os nossos semelhantes."

Quero encerrar esta exposição, que se fez longa, repetindo, illustre Senador Magalhães Pinto, a homenagem do nosso apreço, do nosso respeito, da nossa admiração e da nossa solidariedade ao Senado Federal. E, para resumir, em poucas palavras, tudo aquilo que disse, que sinto e que penso a propósito da nossa realidade, isto é, da realidade viva do nosso País, eu, homem vindo dos pampas, vou procurar no cancionero anônimo do nordeste uma pequenina quadra poética. Ingênua e popular, composta de versos de seis sílabas, que, quando superpostos, formam, surpreendentemente, dois alexandrinos perfeitos, ela nasceu assim, da espontaneidade do cantor:

"Os pães eram só sete.
As bocas sete mil.
Quem vai multiplicar
Os pães do meu Brasil?"

Já que me atrevi à pergunta, atrevo-me à resposta. Nós, illustre Senador, nós, os brasileiros, repetiremos o milagre da multiplicação, pelo nosso trabalho, pelo nosso sofrimento, pela consciência do nosso sacrifício, pelo esplendor da nossa firmeza e do nosso êxito, pelo nosso amor ao Brasil, pela nossa confiança no dia de hoje, pela nossa esperança no dia de amanhã. Mas, acima de tudo, por nós mesmos, por sabermos que o homem é o cadinho de tudo, e que, na vida deste século, da pessoa humana, de suas profundas raízes anímicas, de seu trabalho e de seu gênio nascem a felicidade do povo e a grandeza das nações.

A função de controle do Congresso Nacional

Prof. JOSAPHAT MARINHO



Professor Josaphat Marinho

I — Abertura da sessão — Prof. José Francisco Paes Landim

Presidência — Prof. José Pereira Lira

II — Conferência do Prof. Josaphat Marinho

III — Debates

Debatedores — Profs. Inocêncio Mártires Coelho e Heremito Dourado

I — ABERTURA DA SESSÃO

O SR. JOSÉ FRANCISCO PAES LANDIM (Chefe do Departamento de Direito) — *É com satisfação, iniciando a etapa de exposições do curso sobre o Sesquicentenário do Senado, que vou passar não só a Presidência ao nosso patrimônio cultural da Universidade, e da própria cidade de Brasília, nosso querido Ministro José Pereira Lira, ex-Presidente do Tribunal de Contas da União e uma das figuras mais representativas da República, pelo seu desempenho no Parlamento brasileiro, no Gabinete Civil do Governo Dutra, na vida política enfim, e convocar o nosso expositor, também conhecido da Casa, o eminente Professor de Direito Constitucional Josaphat Marinho, ex-parlamentar na Assembléia Legislativa da Bahia e no Senado Federal: um nome obviamente conhecido em todos os meios jurídicos e culturais do País.*

Ao Professor José Pereira Lira passo, assim, a Presidência da Mesa neste instante. E o Professor Josaphat Marinho dará seqüência à sua exposição.

O SR. PRESIDENTE JOSÉ PEREIRA LIRA — *Meus Senhores. As pessoas aqui presentes estão sendo mencionadas, e em vocativo, como se de cada uma delas se fizesse especial menção, pois que, sem óculos, não quero cometer omissões, nem sempre perdoáveis.*

Desejo assumir essa Presidência nos precisos termos dos usos e costumes, nesse tipo de trabalho. Como moderador. Um expositor de um lado e debatedores de outro. O debate brasileiro sempre é acalorado e, por isso, precisa de um moderador, que é sempre o Presidente.

Aliás, no caso presente, a figura do moderador é perfeitamente dispensável, em face da autoridade das personae dramatis.

Não gosto de ser Presidente. Apenas uma Presidência me interessaria, que é a do meu clube de futebol. (Risos.) De forma que assumo esse papel de moderador, num debate sobre um tema que me preocupou a vida toda.

Formado em Direito, senti a impossibilidade de exercer a advocacia para a qual me destinava, sem cursos especializados de Contabilidade Privada. Na minha província natal, aventurei-me por eles, depois de formado em Direito.

Passaram-se os anos. Vim para a metrópole e tratei de diminuir a minha ignorância. Depois, fui envolvido pelos problemas da Contabilidade Pública, e passei a vida toda oscilando entre, ou acumulando, as preocupações do Direito e das Contas Públicas.

Felizmente estou agora liberto delas, reconhecendo que são um assunto sáfaro, estéril e até antipático.

Lembro-me de que no livro Menores e Loucos, de Tobias Barreto, há uma página sobre os volumes que tratam de números. É página sarcástica. Aliás, o sergipano não conseguia ser somente sarcástico, porque era mais do que isso. O seu sarcasmo era crioulo: um sarcasmo vitriólico, ferindo a todos.

De qualquer maneira, libertado disso, hoje tenho outro tipo de preocupações. Completamente descrente da letra da Lei e, cada vez mais, seduzido pelo seu espírito. Entendo que a Lei é um rumo que se tenta impor. Mas não se consegue.

As primeiras palavras, pois, são de saudação a um auditório tão vivaz, e aqui o que vale não é o número, mas a substância e o peso específico.

Depois de homenagear tão ilustres ouvintes, assumo, modestamente, o meu papel.

Cumprir dar a palavra a essa excepcional figura de emérito professor, Josaphat Marinho, honra e orgulho desta Universidade.

E, dando a palavra a ele, quero dizer que a nossa posição hoje, aqui, é difícil, porque saímos ontem de uma das mais expressivas sessões lútero-científicas e universitárias. Tivemos três grandes discursos: o do nosso Magnífico Reitor, José Carlos de Azevedo. Sua aula foi a de um experimentado educador. Um discurso modelar.

Outra grande lição, onde soou a voz da experiência. Nos seus conselhos, o Presidente Magalhães Pinto atingiu as alturas da sabedoria política e humana. Sua experiência não vem somente dos livros, mas do trato das pessoas, e da coisa pública.

E, finalmente, vivemos ontem aquela linda página literária do Mestre Mozart Victor Russomano. Foi a vitória de Russomano sobre si mesmo. Nunca o ouvi com tanto enlevo.

Hoje, vamos, aqui, tratar de números, de controles: assunto sáfaro, indigesto.

Não sei se já notaram que as coisas, às vezes, são o contrário do em que se expressam.

Por exemplo, o Digesto Romano é indigesto. Padre Vieira disse: "Chamam de fausto ao fausto porque é infausto; ao mundo chamam de mundo, porque é imundo." E aqui vem uma perfídia que os editores portugueses não perdoaram jamais: "E a Portugal chamam de Lusitânia, porque nunca luziu nem há de luzir." (Risos.)

A explicação é simples: ele não era brasileiro. E, também, não era português: sim, jesuíta, que é uma nacionalidade à parte. Não é? (Risos.)

Meus amigos, com a palavra essa consagrada figura intelectual que é Josaphat Marinho, para fazer o milagre de vestir uma palestra de controle com as galas literárias, em que — membro de Acadêmicos Literários — é mestre guapíssimo. Muito bem. (Palmas.)

II — CONFERÊNCIA DO PROF. JOSAPHAT MARINHO

Sr. Professor Pereira Lira, Presidente desta sessão. Srs. Professores Debatedores, caros componentes do Curso. Permitam-me que, embora participando deste Ciclo de Estudos como Professor da Universidade de Brasília, comece por assinalar o contentamento com que recebi a designação, feita pelo Chefe do Departamento de Direito, para desenvolver o tema sobre a Função de Controle do Poder Legislativo. É que a escolha me proporciona a oportunidade de revelar a honra que tive de participar, no Congresso Nacional, dos trabalhos do Senado Federal, onde colhi exemplos de correção, de senso crítico, de espírito público.

O tema a ser exposto é precisamente este: "Função de Controle do Poder Legislativo."

Toda atividade do Parlamento é de caráter político ou tem alcance político. Justamente por isso, toda tarefa exercitada pelo Poder Legislativo envolve um aspecto de controle e de fiscalização.

Quando o Congresso desenvolve sua função normativa, criadora da ordem jurídica, fixa a política legislativa. Quando o Congresso aceita ou recusa o veto oposto pelo Presidente da República a projeto de lei, diz igualmente da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da matéria ou de sua conveniência ou inconveniência. E aí, também, elabora uma orientação política.

Quando o Congresso, ou uma de suas Casas, aprecia a lei orçamentária, em realidade o que desenvolve é a crítica, o exame da principal lei política, a que fixa a receita e a despesa, segundo um plano de ações. Sobretudo nos dias de hoje, esse caráter político, na apreciação do orçamento, se

torna relevante, pois se sabe que a Lei de Meios, no mundo contemporâneo, é menos a enunciação de cifras de receita e despesa do que o reflexo de um plano de Governo.

Quando o Congresso, ou uma de suas Casas, critica através de pareceres, ou examina através de discursos, mensagens e atos governamentais, cumpre, por igual, tarefa política, com a finalidade de orientar o Poder Executivo e corrigir-lhe os caminhos, ou de propor-lhe inovações.

Qualquer que seja, portanto, a tarefa desenvolvida pelo Poder Legislativo, tem um aspecto político. Mas a diversidade de funções do Estado, crescente no mundo hodierno, leva à necessidade cada vez maior de especificação, também, das funções do Poder Legislativo. Historicamente, essas funções como que se bifurcavam entre a função legislativa ou normativa preeminente e a de crítica. A mudança de posição do Estado, de abstencionista para intervencionista, repercute sensivelmente nas atividades do Poder Legislativo.

A esse respeito, e cuidando exatamente do Poder Legislativo, tive oportunidade de desdobrar algumas considerações, em estudo já publicado. Dele me vou valer, apenas na parte concernente às modificações ocorridas no plano do Estado, com reflexos sobre a atividade do Parlamento.

As transformações do Estado, sobretudo depois da I Grande Guerra, ampliando os deveres da Administração, têm concorrido para alterar a competência do Poder Legislativo, que perde, crescentemente, parcelas de sua função normativa, para o Poder Executivo. Recente e valioso estudo comparativo, promovido pela União Interparlamentar, abrangendo as instituições representativas de quarenta e um países, inclusive o Brasil, concluiu que o antigo sistema, que identificava o Legislativo ao Parlamento, parece hoje perempto. O Parlamento não tem mais o apanágio da função legislativa. A iniciativa, em matéria legislativa e financeira, escapa-lhe parcialmente. A prática da delegação de poderes contribui para restringir seu papel no domínio da Lei, mas, ao mesmo tempo, as prerrogativas das Assembléias deslocam-se para a esfera do controle da atividade governamental.

O Governo prevê e dirige, o Parlamento limita, aprova, desaprova e, por vezes, inspira.

Contudo, o Poder Legislativo mantém, no mecanismo do regime representativo legítimo, a competência normativa geral. Cabe-lhe elaborar as regras essenciais, as que definem a índole da ordem jurídica. Além da função constituinte, como **poder de reforma constitucional**, reserva-se-lhe a autoridade de discutir e votar as **leis complementares**, as **leis orgânicas**, as **leis-programa**, as **leis-quadro**, isto é, o complexo das normas básicas. O que se transfere ao Poder Executivo, a par de iniciativa e de faculdade regulamentar mais amplas, é o preparo e a adoção de certas leis relacionadas com fatos sociais, econômicos e financeiros, intensamente variáveis, e que exigem, em consequência, disciplina mais flexível e mutável.

A delegação externa, que comumente corporifica essa transferência, não significa, por si mesma, alienação de prerrogativas, em favor do Poder Executivo. Onde admitida em termos adequados, é outorga de faculdade

circunscrita e condicionada. As leis de habilitação, que delimitam o objeto e as condições da delegação, devem resguardar a autoridade própria do corpo legislativo, garantindo-lhe a decisão final, segundo a doutrina prevalente. A Constituição Francesa de 1958 é expressiva a respeito, por obedecer ao espírito de fortalecimento do Poder Executivo. Nela está escrito que o Governo, na execução de seu programa, pode pedir autorização ao Parlamento para adotar, por ordenanças, durante prazo limitado, medidas que são normalmente do domínio da lei. As ordenanças, adotadas pelo Conselho de Ministros, tornam-se, porém, caducas, se um projeto de lei de ratificação não foi apresentado ao Parlamento no prazo fixado pela lei de habilitação. E, esgotado esse prazo, as ordenanças não podem ser modificadas senão por lei, nas matérias da jurisdição legislativa (art. 38).

Também se amplia, decerto, a participação do Poder Executivo na feitura das leis reservadas à alçada específica do Parlamento. Em alguns países, ao Poder Executivo é dado, além da iniciativa e do veto, pleitear o reexame de projetos votados, para que lhes sejam introduzidas modificações. A ampliação, entretanto, não conduz a decisões unilaterais pelo Governo. É ao Parlamento que compete a deliberação conclusiva, como se verifica na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (art. 77) e na Constituição Italiana (art. 74).

Assim, dentro das transformações sofridas, o Poder Legislativo exerce três funções principais: a função constituinte, limitada mas extensa, e de relevância política, de reformar a Constituição; a função legislativa ordinária; e a função de controle e fiscalização.

A função de controle e fiscalização tem amplitude que se desdobra em aspectos diversos. O Parlamento exerce função de controle quando fiscaliza a execução financeira e orçamentária. Em diferentes países, o cumprimento dessa tarefa é exercitado pelo Congresso com auxílio das Cortes de Contas ou, segundo a denominação prevalente entre nós, do Tribunal de Contas.

Note-se, porém, que aí se trata do controle limitado a um aspecto: o orçamentário e financeiro. É, sem dúvida, matéria da maior relevância, visto que, acompanhando a aplicação dos recursos orçamentários, o Legislativo limita a ação do Poder Executivo e fixa a responsabilidade deste diante de irregularidades apuradas.

Verdade é que o Parlamento, sobretudo em regime presidencial como o nosso, dificilmente desempenha com eficácia a tarefa fiscalizadora sobre a execução financeira e orçamentária. Primeiro, porque o Congresso realmente se limita a apreciar as contas depois do parecer oferecido pelo Tribunal de Contas. E, na apreciação das contas, o que entre nós, pelo menos, se tem verificado é que o Congresso, através de suas duas Casas, já não desenvolve função efetivamente geradora de efeitos sobre a ação do Poder Executivo, quer porque examina tardiamente as contas, quer porque se limita ao exame delas em parecer formal e em rápidos debates no Plenário, distante dos fatos.

Dir-se-á que o Tribunal de Contas acompanha sempre a execução orçamentária. Decerto o faz, parcial e limitadamente. Salvo na apreciação de

determinadas matérias, como a respeito de contratos, a ação do Tribunal de Contas é quase sempre também **a posteriori**. Quando a Corte de Contas toma conhecimento dos atos e decisões, os efeitos destes já foram produzidos. Quase nunca há oportunidade da medida preventiva; normalmente, a providência é de caráter corretivo.

Além disso, ocorre que, sendo as contas prestadas pelo Presidente da República, como Chefe do Poder Executivo, o Tribunal de Contas comumente assinala as irregularidades observadas — e quase sempre são muitas, múltiplas e complexas, segundo os pareceres dos Relatores, em cada exercício. Como, entretanto, os atos não são pessoalmente praticados, em seu conjunto, pelo Presidente da República, as conclusões dos pareceres indicam a conveniência de aprovação das contas, ressalvada a oportuna apuração de responsabilidade dos agentes da Administração. E essa apuração de responsabilidades tem sido sempre de efeitos reduzidíssimos.

De qualquer sorte, a Constituição, em seu artigo 70, prevê a forma da fiscalização através do controle interno e do controle externo. A Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975, disciplinou a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional.

A medida, entretanto, que o Congresso perde a função legislativa em favor do Poder Executivo, a tendência que a doutrina assinala é a de ampliar a função de controle. Gera-se, então, grave conflito entre a necessidade de fortalecer o Congresso, seu poder de fiscalização e controle, e a posição cada dia mais eminente do Poder Executivo, tentando libertar-se das peias e críticas dos Órgãos parlamentares. Em razão disso, toda a doutrina democrática é no sentido de luta pelo fortalecimento do poder de fiscalização do Congresso, por meios que a Constituição e as leis estabeleçam ou facultem.

É que, alargando o Estado seu poder de domínio da vida social e econômica, tornando-se um grande empresário, criador de Órgãos e Serviços sobre múltiplas atividades — que até a I Grande Guerra eram reservadas à iniciativa e ao domínio das empresas privadas —, cumpre também estabelecer as formas de delimitação, de circunscrição da atividade legítima do Poder Executivo.

A função de controle e fiscalização, no seu sentido amplo, pode desdobrar-se em meios indiretos e diretos, como lembra Pérez Serrano, em seu "Tratado de Derecho Político". O Parlamento exercita a função de controle por meios indiretos, através das grandes Comissões permanentes, do controle, do orçamento, da crítica de leis. É oportuno lembrar que a Constituição Alemã de 1919, com o propósito de assegurar o prestígio fiscalizador do Congresso, instituiu uma Comissão que funcionava nos períodos de recesso do Parlamento e tinha funções que se prolongavam além da própria legislatura, até que a nova se instituísse. Era o que previa o artigo 35.

Porém, há os meios diretos de exercício da função de controle, traduzidos na pesquisa e apuração de fatos determinados. Desse ângulo, podemos distinguir meios ordinários e meios extraordinários. Os meios ordinários usados pelo Parlamento traduzem-se nas interpelações e formulações de questões diversas. Mas, como sabem, as interpelações e as formulações

de questões representam práticas mais próprias do sistema parlamentar de Governo. Nos regimes presidenciais, não há propriamente a formulação de interpelação e nem de questões, ao Poder Executivo. O normal é o pedido de informações, de alcance normalmente precário. É exato que, depois da I Grande Guerra, as Constituições dos regimes presidenciais incluíram no seu contexto práticas de índole parlamentar. Desde 1934, por exemplo, que entre nós se estabeleceu a prática de convocação de Ministros ao Parlamento, fixando-se mesmo, que a recusa de comparecimento, sem justificações, pode gerar crime de responsabilidade. Assim dispõe a Carta vigente, em seu artigo 38.

A experiência, no entanto, revela que o comparecimento dos Ministros ao Parlamento — pelo menos na História brasileira — é de muito pouco efeito. Numa ou noutra hipótese, que não cabe aqui particularizada, pode ter resultado em esclarecimentos convenientes à vida política e administrativa. De modo geral, os Ministros convocados comparecem ao Congresso em clima de solenidade, que já dificulta o debate e a apuração dos fatos objeto de investigação. Depois, os Ministros trazem, de regra, uma exposição escrita e, antes mesmo de ingressarem no Congresso, já distribuíram aos jornais um resumo, que é o que vai representar a grande notícia no dia imediato.

Em seguida, cabe ver que a exposição escrita, por disposição regimental, ou pela cortesia parlamentar, não deve ser interrompida, com impugnação ou pedido de esclarecimento. Terminada a leitura, e aberto o debate, já a sessão, em grande parte, perdeu seu interesse e sua finalidade de apuração dos fatos objeto de discussão e de dúvida.

De maior efeito é a presença dos Ministros às Comissões Técnicas do Senado e da Câmara. Nessas Comissões os debates assumem feição mais objetiva e de relativa igualdade entre os Membros do Congresso Nacional e o Representante do Poder Executivo.

Mas, cumpre observar que também da presença dos Ministros às Comissões não resultam, normalmente, conseqüências práticas, medidas adotáveis pelos Órgãos do Congresso Nacional. Quase sempre os resultados desses debates servem de dados ou elementos de informação para a tarefa legislativa do Parlamento.

Nos regimes parlamentares, sim, é que o comparecimento dos Ministros representa o diálogo entre o Governo e as Casas legislativas. E, não raro, dos debates assim travados decorre a substituição de Ministros pela impossibilidade de sua manutenção diante da resistência ou da rebeldia do Parlamento, até porque o Gabinete ou Ministério representa uma projeção do próprio Legislativo.

Para obviar as dificuldades, as inconveniências, as deficiências resultantes dessas práticas no regime presidencial é que os Parlamentos cuidam de criar mecanismos próprios de controle, capazes de influir sobre a ação política e administrativa do governo, enquanto ela se desenvolve, ou seja, no curso da própria atividade executiva, e não apenas quando as providências já foram executadas e produziram seus efeitos.

Esses órgãos, criados para a tarefa específica de fiscalização ampla, representam os meios extraordinários de controle. Tais órgãos são, geralmente, as comissões de inquérito ou de investigação.

Ocorre que em determinados regimes, a exemplo do nosso e durante toda a fase da vida republicana, as comissões parlamentares de inquérito de caráter comum nem sempre alcançaram seus objetivos. As Casas do Congresso experimentaram dificuldades várias. Exato é que houve momento, sobretudo na vigência da Constituição de 46, em que comissões parlamentares de inquérito obtiveram larga repercussão no País, e seus trabalhos produziram efeitos eficazes sobre a atividade governamental ou de órgãos da administração indireta ou descentralizada e, mesmo, de estabelecimentos bancários.

Para dar-lhes um exemplo, recordo a investigação que a Câmara dos Deputados fez, no regime de 46, no Banco do Brasil. As irregularidades então apuradas foram de tal alcance que o Plenário da Câmara resolveu determinar a publicação das pesquisas feitas e das conclusões a que chegou. O fato obteve tamanho realce que o Sindicato de Bancos do Rio de Janeiro requereu mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal, tentando impedir a execução do ato de deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, decidindo com muita sensibilidade jurídica e política, repeliu o mandado de segurança e considerou legítima a decisão do Plenário da Câmara dos Deputados.

É pena que as comissões parlamentares de inquérito tenham sofrido grave diminuição posteriormente, inclusive, sob o atual sistema. Contudo, ainda sob a vigência da Constituição de 46, e já depois de 1964, cogitou-se de uma revisão institucional, abrangendo reforma do Congresso. O Senador Moura Andrade, como Presidente do Congresso Nacional, criou uma Comissão para estudar a matéria. Coube-me o honroso encargo de relatar os trabalhos da Comissão, a respeito da reforma do Congresso Nacional. Durante as discussões, surgiu a idéia de incluir-se emenda à Constituição de 46, no sentido de ampliar o poder de fiscalização das Casas do Congresso Nacional.

De acordo com a Comissão, elaborei, então, o seguinte texto, que era o artigo 4º, modificativo do artigo 65 da Constituição, a que se acrescentava este parágrafo: "A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e da administração descentralizada." Este dispositivo transformou-se no artigo 5.º da Emenda Constitucional nº 17, de 1965. Sobrevindo, porém, a elaboração da Carta de 1967, do Projeto remetido pelo Poder Executivo não constava essa cláusula. Tive, por isso, a iniciativa de oferecer emenda restabelecendo o preceito que se havia consignado na Emenda Constitucional nº 17. A idéia consubstancia-se, hoje, no artigo 45 da Constituição, apenas com a substituição da palavra "descentralizada", que se havia usado originariamente, pelo vocábulo "indireta". Reza o atual artigo 45: "A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta."

A inspiração desse dispositivo visava claramente a ampliar a capacidade fiscalizadora do Congresso Nacional. No primeiro parecer, naquela Comissão do Senado, assim o justifiquei:

“Para garantir objetividade à função de controle do Congresso Nacional, estatui-se que a lei regulará o processo de fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e da Administração descentralizada. O que se quer é propiciar ao Congresso, ao lado da tarefa crítica, a apuração criteriosa de fatos, por meios técnico-administrativos, com as conseqüências devidas. Enfim: o objetivo é assegurar a colaboração eficiente do Congresso pelo exercício de uma de suas funções eminentes, e a que ainda agora emprestaram singular importância FRANÇOIS GOGUEL e ALFRED GROSSER”.

Assim corporificou-se a idéia, que permanece, contudo, sem as regras normativas adequadas à sua prática e execução.

Como já vimos, a Lei nº 6.233, de 1975, originária do Senado, apenas disciplina a fiscalização financeira e orçamentária. Não tem, portanto, conteúdo que autorize o Congresso a desempenhar a tarefa mais ampla prevista no artigo 45. Cabe mesmo assinalar que a lei mencionada visou a regular o artigo 70 da Constituição, restringindo-se, portanto, à fiscalização financeira e orçamentária.

Não obstante, o Deputado Marcelo Medeiros tomou a iniciativa, na Câmara dos Deputados, de oferecer projeto com o objetivo de regular a aplicação do artigo 45. Nesse projeto, de grande utilidade se votado pelo Parlamento, com as modificações necessárias, prevê-se que a fiscalização se exercerá sobre os atos administrativos pertinentes à execução do orçamento, à probidade da administração, ao cumprimento da lei e das decisões judiciais, ao provimento e à extinção de cargos públicos, à aprovação e à nomeação dos prefeitos dos municípios declarados de interesse da segurança nacional, à concessão de indulto e comutação de penas.

E, no parágrafo primeiro desse artigo, que é o 4º, estipula-se: “a fiscalização abrangerá os aspectos da legalidade dos atos administrativos e a eficiência dos serviços públicos”.

A título de mera sugestão, lembraria que a esse preceito se acrescentasse, depois da cláusula “legalidade dos atos administrativos”, a expressão “a regularidade”. Então, dir-se-ia: “a fiscalização abrangerá os aspectos da legalidade dos atos administrativos, a regularidade e a eficiência dos serviços públicos”.

Parece óbvia a necessidade dessa inclusão. É que pode ocorrer uma irregularidade que não se revista propriamente de ilegalidade. Mas, se o Congresso Nacional ficar revestido do poder de apurar, também, a regularidade dos serviços públicos, sua capacidade fiscalizadora se estenderá a domínios até aqui desconhecidos.

Com muita propriedade, ainda, o autor do projeto fixa no parágrafo primeiro do artigo 6º que não se aplicam aos órgãos de fiscalização estabe-

lecidos nesta lei as restrições impostas às comissões parlamentares de inquérito e aos pedidos de informação previstos no artigo 30, parágrafo único, letras d, e e f da Constituição. Se tais limitações prevalecessem na execução da lei reguladora do artigo 45, a função do Congresso Nacional estaria mutilada.

A dificuldade que haveria para elaboração da lei seria concernente à criação de despesas. De fato, nenhuma medida que vise a dar execução plena a essa norma constitucional terá alcance efetivo se o Congresso Nacional não puder criar despesas para o cumprimento das medidas relacionadas com os órgãos instituídos e com a verificação de fatos e a apuração de irregularidades.

O nobre autor do projeto, entretanto, com muita argúcia, a nosso ver, resolveu o problema no artigo 16: "as despesas com o funcionamento dos órgãos de fiscalização de que trata esta lei correrão à conta das dotações orçamentárias destinadas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal". Vale dizer, aprovado o orçamento da Câmara assim como o do Senado, num e noutro estarão os recursos necessários a que a função de fiscalização se desenvolva sem as limitações que a Constituição estabeleceu para as comissões parlamentares de inquérito.

Já que se trata de um Curso, e aqui há inclusive funcionários das duas Casas do Congresso, sugeriria outro acréscimo ao projeto. Disciplinando as atribuições dos órgãos de fiscalização, o projeto prevê a possibilidade do órgão estabelecido determinar perícias e diligências pertinentes ao objeto de fiscalização. Trata-se de previsão da maior valia, e sem a qual muitas investigações não chegariam a qualquer efeito prático e produtivo. Parece-me, contudo, que seria próprio acrescentar, logo depois desse inciso, o seguinte: coletivamente, ou mediante delegação a um ou mais de seus membros, assistir aos atos previstos no item 5º deste artigo. Quer dizer: a comissão, o órgão, não se limitará a determinar que técnicos realizem perícias e diligências concernentes ao objeto da fiscalização. Deputados e Senadores, também, poderão comparecer, coletivamente, como integrantes da comissão, ou alguns deles, segundo a designação que for feita pelo órgão. É a forma do próprio parlamentar sentir diretamente o problema. Isso porque, muitas vezes, ter-se-á que fazer uma verificação fora dos limites do Congresso. Essa norma visa a proporcionar às Casas do Parlamento, através dos órgãos que criem e dos técnicos que designem, deslocar-se para qualquer ponto do País e aí examinar obras, serviços, práticas, em curso e que mereçam exame e retificação.

Como os técnicos muitas vezes limitam sua apuração aos aspectos fundamentais de sua especialidade, o parlamentar, que é o político, sentindo e vendo de perto a irregularidade, ficará em melhores condições de julgar ângulos de ilegalidade e de conveniência dos atos pesquisados.

Outros aspectos poderiam ser examinados, mas, já ultrapassei, em demasia, o tempo, e não lhes quero agravar cansaço.

Resta assinalar que essa função de controle, para ser eficaz, exige certos pressupostos. Poderia resumi-los nestas palavras de pronunciamento que certa vez fiz no Senado: "cabe ao Poder Político armar-se de informações,

de meios de comunicação e de resistência para atenuar, desde que impossível impedir, a influência dos fatores que lhe desfiguram a fisionomia e a competência. Na aproximação com o povo e na conquista de sua confiança crescente reside a base de libertação e, pois, de recuperação do prestígio das instituições representativas. É claro que essa tentativa não terá êxito se o Congresso Nacional e os Partidos Políticos não forem capazes de superar seus próprios defeitos, as falhas de sua organização e de seu funcionamento.

Ninguém nega tais defeitos e falhas, e cada um dos representantes tem uma parcela de responsabilidade por ação ou omissão. Mas, em verdade, e embora assim não pareça a uma extensa camada da sociedade, os erros essenciais não decorrem de vícios de pessoas, ou de privilégios exagerados dos representantes. Uma comparação entre as vantagens asseguradas aos parlamentares e as deferidas a titulares de diferentes postos, em empresas e estabelecimentos vinculados à União, demonstraria a realidade.

Os vícios institucionais, sobretudo, é que cumpre sejam eliminados. Se a interdependência dos poderes é uma imposição do Estado contemporâneo como corporação crescente de serviços e empresas, a submissão de um poder a outro mutila a organização democrática e prejudica a defesa do interesse público e coletivo.

Entre o Parlamento e o Governo, como observa ANDRÉ CHANDERNAGOR, o diálogo não será fecundo, senão se deixa de ser desigual. Se o Congresso Nacional, portanto, não readquirir sua capacidade plena, toda reorganização material ou burocrática será inútil. Faltar-lhe-á o poder de livre decisão, que é a força vivificadora de qualquer instituição e o fator de prestígio dos corpos políticos na opinião da comunidade.

E sem poder de livre decisão não há função de controle ou de fiscalização. (Palmas.)

III — DEBATES

O SR. PRESIDENTE (José Pereira Lira) — Para iniciar os debates, passo a palavra ao Prof. Inocêncio Mártires Coelho.

O SR. PROF. INOCÊNCIO MARTIRES COELHO — Sem querer brincar com o meu amigo Josaphat Marinho, eu diria que ele — que vem de criticar a forma brasileira de comparecimento dos Ministros de Estado ao Congresso Nacional — acaba de bancar o Ministro de Estado. Compareceu solene, embora para falar de improviso; tomou todo o tempo reservado à exposição e aos debates; esgotou, brilhantemente, o tema da função de controle do Congresso Nacional; e, finalmente, no apagar das luzes e do brilho do espetáculo, cedeu a palavra aos pobres parlamentares que pretendiam interpellá-lo.

Começarei pelo fim, meu caro Josaphat. Não vou parafrasear o que chamaria de “necrológio” do Parlamento liberal. Você conhece isso como poucos; você sabe muito bem que o liberalismo clássico passou, que ele é — como disse Burdeau — um luxo de países ricos e a recompensa das sociedades fundamentalmente homogêneas, harmônicas e sem conflitos.

A propósito, permito-me iniciar o debate lembrando a lição de Del Vecchio, quando comparou a Ciência Jurídica com outros saberes teóricos e disse que o jurista — diferentemente do biólogo ou do filólogo, por exemplo — tem que encontrar sempre alguma solução prática para os problemas das relações humanas porque não se pode suspender o curso da vida.

Pois bem, quem quiser entender o fenômeno do avanço irrefreável do Executivo, em detrimento das funções historicamente afetas ao Legislativo, deverá fazê-lo a partir da constatação de que esse fenômeno é um dado inafastável dos tempos modernos, sendo hoje banal a afirmação de que, no século XX, em todas as latitudes, o Executivo é forte, embora não deva ser totalitário.

Como salientou Francisco Campos, em estudo dedicado ao assunto, no século passado, o papel do Estado era antes de tudo **negativo**, devendo intervir o mínimo possível, cabendo ao Parlamento, como órgão eminentemente político, uma função que não era técnica, mas essencialmente política — a função de **controlar** o Governo.

Essa função proeminente do Legislativo — como todos sabemos — correspondia a uma necessidade histórica, sendo uma espécie de consequência lógica e dialética do estado de coisas que perdurou até a queda do **Ancien Régime**.

Agora, todavia, mudaram as coisas; mudaram as funções do Governo; de negativas passaram a positivas, não sendo mais a abstenção que os homens requerem ao Estado e sim uma ação positiva capaz de transformar a ordem social, para que os indivíduos possam exercer os direitos que a ordem liberal lhes reconhecia mas não tinha meios para lhes possibilitar a fruição efetiva.

Nesse contexto, tornou-se caduca — a expressão também é de Burdeau — a concepção de Executivo que faz dos governantes agentes sem imaginação de uma lei que se elabora sem eles, ou que reduz as funções de Governo à simples execução, sem criatividade, das ordens emanadas do Parlamento.

Todos sabemos que o Executivo é, por definição, um poder permanente; que o Legislativo é intermitente e que o Judiciário só age provocado.

Como pretender, então, que esse poder, que é permanente, que deve governar presentemente, ficasse na expectativa de ordens legislativas para desempenhar suas funções?

Para não me alongar muito, vou levantar apenas algumas questões, que anotei ao longo da brilhante exposição do meu colega Josaphat Marinho.

Pois bem, a primeira observação que tenho a fazer — e que corresponde à sua primeira afirmação sobre a função necessariamente política do Congresso — é no sentido de que capacidade política não implica capacidade técnica, sendo lugar comum, hoje em dia, o reconhecimento de que a legislação transformou-se em matéria técnica que exige o concurso de vários conhecimentos e de várias técnicas, nem sempre encontráveis nos Parlamentos, talvez até mesmo em decorrência dos critérios que presidem a constituição das Casas legislativas.

Então, se quisermos ampliar o poder de controle do Congresso, teremos que fazer uma opção séria; teremos que desvesti-lo da sua função parlamentar histórica, para atribuir-lhe funções de governo, deixando em sua esfera de competência a elaboração de todas as leis, ainda mesmo daquelas que, sem sombra de dúvida, estão intimamente ligadas ao exercício do Poder Executivo.

A propósito, ocorre-me a observação, sempre arguta, de Burdeau, quando diz que no contexto de uma democracia efetiva, a lei é um procedimento do Governo.

Mas, voltemos ao debate. O meu amigo Josaphat trouxe à baila a Constituição Francesa, para pôr em relevo as atribuições do Legislativo francês, em comparação com as competências afetas ao Executivo.

Por acaso, também tenho à mão esse texto constitucional, que trouxe para o debate na expectativa de que caminharíamos por ele.

Pois bem, essa Constituição — da qual Burdeau teria dito ser uma tentativa de institucionalização de um grande homem, no caso De Gaulle — diferentemente da Constituição do Brasil, enumera, no art. 34, as competências da lei, isto é, aqueles assuntos que devem ser objeto de disciplinação legislativa, dizendo, no art. 37, que todas as outras matérias fora do domínio da lei têm caráter regulamentar, ou seja, pertencem à esfera de atuação normativa do Executivo, que na França se chama Governo, dentro da concepção moderna de que governar não é executar ordens dos outros Poderes e sim dar as suas próprias ordens, expedindo regras obrigatórias para os governados, legislando enfim.

Pois bem, no Brasil, onde se diz e se alardeia que a Constituição é forte, que o Executivo é forte, ainda se adota o modelo liberal clássico; assim, no art. 43, a nossa Constituição afirma que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, facultando ao Presidente da República, nos termos do art. 55, expedir decretos-leis sobre determinadas matérias, em condições restritas, mas, ainda assim, sem exclusão da competência concorrente do Congresso.

Tenho isso como uma concessão ao liberalismo clássico que esvoaça como pássaro assustado pelos quadrantes das democracias ocidentais.

Mas, por que o Executivo legisla tão presentemente no Estado Moderno?

Penso que o faz por uma necessidade da própria vida social; porque ele tem que dirigir a vida social; porque ele tem que ordenar todo o sistema das relações sociais; porque ele tem que definir os critérios do interesse geral e obter os meios necessários à sua aplicação.

Por outro lado, porque existem assuntos que nem sequer poderiam ser levados a debate nos Parlamentos; uns porque, envolvendo problemas de segurança nacional e de continuidade do próprio Estado, não poderiam ser trazidos a público, nem sequer submetidos a debates e polêmicas oratórias; outros porque, sendo extremamente técnicos — como os relativos ao

comércio exterior, balanço de pagamentos ou política energética, por exemplo — não poderiam ser proficuamente tratados por assembleias numerosas, constituídas de grupos heterogêneos e antagônicos, e quase sempre desprovidos de conhecimentos especializados.

Para capacitar-se ao desempenho dessa função, o Legislativo teria de aparelhar-se com tamanha envergadura, que chegaria a ser o próprio Executivo com o título de Parlamento, o que não me parece acertado.

A propósito, permito-me trazer à colação uma entrevista recente de alta funcionária do Poder Legislativo — Doutora Sarah Abrahão, Secretária-Geral da Presidência do Senado — lamentando o fato, sob todos os títulos significativo, de o Congresso Nacional ter necessitado de assessoramento do próprio Executivo para discutir e votar o projeto da Lei das Sociedades Anônimas, face à complexidade da matéria e à falta de meios, no Legislativo, para estudá-la com a necessária profundidade.

Trata-se de um depoimento sincero, que pessoalmente posso avaliar, na condição de antigo Assessor Legislativo do Senado Federal que, presentemente, desempenha função técnica no Executivo, como Consultor Jurídico do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Afora essas limitações de natureza técnica, permito-me associar ao esvaziamento do Legislativo contemporâneo o abuso de certas prerrogativas, como a criação desenfreada de Comissões Parlamentares de Inquérito, muitas vezes apenas com o propósito de inibir o Poder Executivo, dificultando-lhe a atuação.

Essas Comissões, atualmente restringidas pela Constituição do Brasil, ao tempo em que não sofriam limitações, extravazavam de sua competência, deixando de apurar fatos determinados e emaranhando-se em investigações genéricas que, via de regra, não chegavam a nenhuma conclusão, onerando o Tesouro e desgastando a própria imagem do Legislativo.

A propósito, colho o depoimento insuspeito de um dos nossos parlamentares mais experientes — o ilustre Senador Ruy Santos, da ARENA da Bahia — que fazendo uma auto-crítica do Congresso em seu livro “O Poder Legislativo — suas virtudes e seus defeitos”, disse que os líderes costumam dificultar o exame das contas do Executivo pelo plenário do Legislativo para não dar margem a críticas azedas aos governos a que servem.

Esses fatos, entretanto, não nos autorizam a negar o poder de investigação que se deve reconhecer ao Congresso, até porque ninguém deve preconizar a irresponsabilidade no trato da coisa pública, seja pelos administradores, seja pelos parlamentares, seja pelos membros do Judiciário.

Para finalizar, como o meu amigo Josaphat Marinho — com a honestidade que todos lhe reconhecem — teve a grandeza de fazer a contabilidade dos erros do Parlamento, eu diria, parafraseando Francisco Campos, essa espécie de *bête noire* do liberalismo brasileiro — que o Executivo ocupou o espaço de poder que lhe foi historicamente abandonado pelo Legislativo porque na política, como na natureza, existe um horror ao vácuo: poder vago, poder ocupado.

Receba, pois, caro Josaphat, estas minhas palavras mais como uma provocação para acender os debates do que como uma profissão de fé anti-liberal que eu, em absoluto, não faria. (Palmas.)

O SR. PROF. JOSAPHAT MARINHO — Como o Prof. Inocêncio Coelho, também considero que já não é possível falar-se em liberalismo, sobretudo em liberalismo econômico. Este é um mundo de tendência socialista, e com esta tendência sou solidário. Mas, a verdade é que uma vez que se advogue o socialismo democrático, não há incompatibilidade entre o aumento das funções do Poder Executivo e a manutenção do prestígio do Poder Legislativo.

Não se pode recusar a inclinação acentuada de ampliação da função normativa do Poder Executivo. É uma exigência da própria multiplicação das funções do Estado.

Cumpra assinalar, no entanto, que a experiência de oito anos, no Senado, me revelou também, não ser tranqüilamente verdadeira a afirmativa de que o Executivo redige ou elabora melhor os projetos do que o Poder Legislativo. Há projetos que são bem elaborados nos gabinetes do Poder Executivo, e outros o são pessimamente. Na medida, sobretudo, em que se confia a técnicos de especializações diversas a elaboração de projetos de lei, estes perdem o caráter de instrumentos normativos, convertendo-se em declarações de princípios ou em enunciação de definições.

Só para um exemplo, recordaria que, certa vez, ao Senado chegou, depois de 1964, projeto no qual em um dos dispositivos havia um "etc." Além disso é comum a quem esteja habituado à leitura das leis verificar que, à medida que o Executivo amplia o seu poder de legislar diretamente, agrava-se a má redação, a má sistematização das leis. É que as leis elaboradas nos laboratórios do Poder Executivo quase nunca experimentam o contraste de várias opiniões, ao passo que na apreciação dos projetos oferecidos ao exame do Congresso há o confronto de tendências e opiniões diferentes, o que facilita a retificação de erros e anomalias.

Eram apenas essas as ponderações que queria fazer em resposta ao Prof. Inocêncio Coelho, para dizer-lhe que também entendo que o Poder Executivo continuará cada dia legislando mais. É uma tendência do século. Mas, de qualquer modo, se queremos preservar o regime representativo, precisamos resguardar, igualmente, a função normativa do Congresso, ainda que dentro das limitações próprias do nosso tempo.

O SR. PRESIDENTE (José Pereira Lira) — Com a palavra o outro debatedor desta assentada, o Prof. Hermenito Dourado.

O SR. PROF. HERMENITO DOURADO — Parece-me que resultou de um equívoco a escolha do meu nome para debater com o Prof. Josaphat. Tenho por ele, ainda, o temor reverencial de aluno.

O assunto, até aqui, tem sido tratado em nível acadêmico. Em tese. Mas é evidente que a vida nos ensina muita coisa e a minha, vivida como funcionário burocrático do Poder Executivo, permite encarar o problema sob outro ângulo. Será que o controle financeiro da administração pública,

entre nós, é feito de modo a escandalizar os constitucionalistas brasileiros, depois do advento da Reforma Administrativa de 1967? Resultaram malferidos os dogmas do regime democrático?

Diz Oswaldo Trigueiro que “o brasileiro não é menos patriota e nem menos arguto do que o parlamentar americano mas é mais romântico. Porque confia demasiado nas fórmulas, nos dogmas jurídicos, de onde seu excessivo apego à ilusão de que a lei escrita torna os homens melhores e o povo mais feliz”. As vezes, esses dogmas não nos permitem enxergar a realidade, ao contrário, a deturpam dando como causa conclusões distorcidas. Sem sombra de dúvida, a partir de 1967, a administração pública brasileira sofreu reforma substancial. E um dos efeitos dessa reforma se fez sentir precisamente no controle financeiro da Pública Administração. É que esta se dividiu em *direta* e *indireta*. E a realidade vem demonstrando que a administração direta minguava cada vez mais e a indireta cresce a cada dia. Por sua vez, as entidades da administração indireta criam associadas ampliando ainda mais sua área de atuação. Em conseqüência, a Constituição brasileira estabeleceu dois sistemas de controle financeiro: o interno e o externo. Parece-nos que esse último (externo), para preservar a tradição. O Tribunal de Contas da União é mais velho do que a primeira Constituição Republicana. É possível que o respeito à tradição o tenha preservado, desde que é patente o intuito de prestigiar-se o sistema de auditoria interna através dos Inspetores-Gerais de Finanças dos Ministérios. Esse controle interno se fez, sobretudo, para tornar efetiva a supervisão ministerial sobre os órgãos ou entidades da administração indireta que hoje constituem grande parte da administração pública brasileira, bastando citar a ELETROBRAS, PORTOBRAS, Rede Ferroviária Federal, PETROBRAS, Correios e Telégrafos, DNER, IBGE, Banco Central, Banco do Brasil e tantas outras que seria cansativo enumerar. Em conseqüência, o mecanismo de controle teve que se adequar a essa realidade. O Ministério necessita de sua Inspeção-Geral de Finanças para viabilizar o controle sobre as entidades da administração indireta que gravitam em sua área de competência.

Novos métodos e processos, para atender a essa realidade, tiveram de ser adotados, malgrado a incompreensão de muitos que, presos às fórmulas e aos dogmas, não conseguem alcançar esta realidade, preocupados com o que devesse ser, porque já foi no passado, aqui ou alhures, sem o exame da realidade nacional de hoje, do que deve ser hoje, atendida a realidade atual da administração pública brasileira.

Data venia do Prof. Josaphat, a Lei nº 6.223 não veio, propriamente, para regular o artigo 70 da Constituição. Seu propósito principal está nos arts. 7º e 8º que é o de regular a fiscalização financeira das entidades públicas, revestidas de personalidade jurídica de direito privado, cujo capital integral ou majoritariamente, seja da União (art. 7º) e das fundações, quando mantidas pelo Governo Federal (art. 8º). Quer essa lei, pois, que as entidades da Administração Indireta, além do controle interno se sujeitem também ao externo, no tocante à gestão financeira, embora o faça com tais restrições que dito controle externo quase se resume a um aumento de trabalho para as referidas entidades, para um mero visto pró forma do Tribunal de Contas. Tem-se discutido a constitucionalidade dessa lei, no

que toca às sociedades mistas, esquecendo-se do art. 45 da Constituição Federal. Sem dúvida que os novos rumos da Administração Pública estão a exigir a quebra de velhos tabus e legislação adequada, cuja falta tem gerado perplexidades. É preciso o estudo da realidade brasileira, no campo administrativo, para edição de normas que desestimulem as discussões e permitam o trabalho produtivo.

O apego aos dogmas e o fetiche da tradição podem atrasar o processo do desenvolvimento brasileiro e prejudicar, sensivelmente, os resultados que se esperam da Reforma Administrativa de 1967.

O SR. PROF. JOSAPHAT MARINHO — Sr. Presidente, Srs. participantes do Curso, como se vê, o Prof. Hermenito Dourado não era portador de nenhum pânico, mas de muita convicção. Pelo que acabou de expor, porém, fica a impressão de que, se lhe fosse possível, eliminaria o regime representativo. (Risos.) (Palmas!) São tais as restrições que faz ao legislador e ao político que parece serem estes os responsáveis por todos os erros e por todas as anomalias da vida nacional. Mas não é tanto, inclusive, porque são políticos os que governam no Executivo. Temos que começar fazendo esta retificação para a justa colocação do problema. Político é quem administra, quem participa do Governo, quem integra o Legislativo. Quem exercer função de Governo e não se considerar político, dele deve exonerar-se, porque não tem condições de dirigir, na linha do interesse público.

Lembraria a S. Ex.^a, ainda, que a Lei nº 6.223 foi elaborada, declaradamente, para regular o art. 70 da Constituição. Está em seu art. 1º De sorte que se não tem conteúdo mais amplo sobre o poder de fiscalização é porque o legislador quis situá-la precisamente neste domínio, no âmbito da fiscalização orçamentária e financeira.

Não tenho divergência com S. Ex.^a quando assinala que as tarefas do Estado no mundo moderno reduzem cada dia a chamada administração direta e multiplicam os órgãos da administração indireta. É uma tendência que se pode dizer universal. O que não parece legítimo asseverar-se é que o controle interno da administração seja bastante, suficiente para corrigir os erros, as irregularidades e ilegalidades verificadas. A esta altura, evidentemente, não vou ameaçá-los com um desdobramento da matéria, mas pediria aos membros do curso que lessem o último parecer do Tribunal de Contas, de autoria do Ministro Luiz Otávio Galloti, sobre as contas, creio que de 1974. Nesse parecer, com muita serenidade e ao mesmo tempo firmeza, o Relator do Tribunal de Contas observa as anomalias verificadas, particularmente, na administração indireta, onde órgãos criados para determinados fins, com objetivos específicos, segundo a lei, vão desdobrando suas atividades, inclusive por decisões de assembleias-gerais. De tal modo se excedem que empresas, por exemplo, destinadas precipuamente a cuidar de minérios, hoje também se dedicam ao reflorestamento. São situações anômalas — não é que os governos as queiram — de irregularidades que proliferam, e insuscetíveis de correção através do controle interno. Daí a necessidade da presença do órgão representativo, do Congresso, para ampliar o poder de verificação e de crítica. Não há propósito de destruir tais entidades, mas de dar ao Governo a colaboração necessária à correção de vícios que se multiplicam, em prejuízo do interesse coletivo.

Queria assinalar, desta sorte, que não há hoje no Brasil dogmatismo do político para manutenção de um quadro jurídico superado. O que há é a preocupação de conciliar o crescimento das funções do Estado, atribuídas ao Poder Executivo, com a preservação do regime representativo, como forma de garantir o desenvolvimento coordenado, ou seja, de assegurar o progresso material com o resguardo dos direitos e garantias das pessoas físicas e jurídicas. Não é problema de abstração, nem de doutrina, nem de dogmatismo. É a atitude prudente que se está verificando em todos os países onde não se quer instituir ou manter regime discricionário, ou totalitário. Se quiséssemos dar um exemplo, poderíamos examinar o que ocorreu nos Estados Unidos nos últimos tempos, quer com relação à renúncia de um Presidente da República, quer com relação ao resguardo do direito de publicação de documentos considerados secretos. Porque não há quem seja maior interessado na preservação do desenvolvimento do país, de sua situação política e econômica, do que o próprio homem do povo que é quem mais sofre as conseqüências da desordem administrativa ou das irregularidades apuradas. O problema, portanto, meu caro colega, não é de dogmatismo, mas de conciliação entre o poder de mando e o de crítica. No momento em que reconhecermos apenas o poder de mando, sem, ao lado dele, manter-se o poder de crítica, a vida humana perde as condições normais de ser vivida com dignidade.

É o que me parece. **(Palmas prolongadas)**

O SR. PRESIDENTE (**José Pereira Lira**) — Para terminar esta agradável e fecunda reunião, algumas palavras desta Presidência, numa espécie de depoimento.

“O Tribunal de Contas é um desconhecido.” Escrevi um ensaio com esse título. Saio desta reunião menos convicto da minha tese. O debate concorreu, extraordinariamente, para dissipar dúvidas e revelar lacunas. A montanha das Contas Públicas tem uma extensa face “noruega”, aonde não bate o sol. . .

Afinal, Rui Barbosa fez o decreto, mas quem instalou a Corte de Contas foi Serzedelo Corrêa. Aquele mesmo Ministro da Fazenda devolveu ao Presidente da República, Generalíssimo Deodoro, os decretos que lhe tinham sido enviados, para subscrição ministerial, diminuindo as funções do Tribunal.

Disse Serzedelo que, em consciência, os não podia assinar. O Tribunal de Contas era, e foi muito tempo, o “espantalho”, pouco temido, dos administradores. Mas ainda os administradores anseiam por suprimi-lo, senão torná-lo ineficiente.

Esses decretos, recusados pelo Ministro, então demissionário, tem uma história que já fixei num opúsculo, hoje raro.

Dizer, é meu dever, que o único ponto em que discordo do meu mestre e amigo Prof. Josaphat Marinho, é quando afirma que é preciso “restabelecer” o Congresso Nacional nas suas grandes funções.

“Restabelecer”, não! Sim, “estabelecer”! **(Palmas)**

Neste pequeno livro, que, aqui, está — que é o meu Parecer sobre as Contas do Presidente Getúlio Dornelles Vargas — tratei o Chefe de Estado com o cavalheirismo indispensável, com o respeito devido, mas com a sinceridade imposta pela minha situação de Ministro de um Tribunal que tive a honra de presidir por três vezes.

Fiz o histórico das grandes causas que por lá passaram, e cheguei a rememorar alguns dos principais escândalos da República, que tinham sido evitados pelo Tribunal de Contas.

Aqui está a referência de alguns deles: a concessão individual da Cachoeira de Paulo Afonso que tinha sido pedida por um magnata de 99 anos de idade, para viger por outros 99 anos. (Risos.) Pretendia o concessionário viver ainda cerca de um século. E tinha sido dada a concessão, em verdade, para passar a mãos estrangeiras.

Outras irregularidades: “o contrato da prata” (a célebre questão da prata); o contrato da Itabira Iron — que foi recusado; o da construção do Arsenal de Marinha; o da Baixada Fluminense; o do Hospital das Clínicas; “o contrato da Aeropostale”.

E, aqui, eu ponho aspas e transcrevo: “todos envolvendo interesses vultosos, e todos encontrando o veto oportuno do Tribunal de Contas”.

Isso é o que diz a história antiga, porque, em tempos mais recentes, foram rejeitados outros muitos atos administrativos.

Alguns foram cancelados, por forma puramente suasória. Houve um Presidente da República recente (um homem de bem) que soube defender o Tesouro e sem espalhafato. Não quero mencionar nomes em épocas precisas.

Ao Tribunal chegaram determinados processos. Ainda estávamos na fase da apreciação prévia dos contratos. Pretendia-se adquirir um presente para homenagear um Chefe de Estado estrangeiro. Não havia verba. Levado foi o processo de pagamento ao conhecimento do Tribunal de Contas. Como poderia a Corte de Contas admitir a legalidade de um contrato, sem verba?

A transação foi desfeita, sem rumor nem escândalo: suasoriamente.

Mais recentemente, uma autoridade superior alugou, por contrato, em Copacabana, um daqueles apartamentos de cobertura, à beira-mar, para despacho de autoridade pública. Foi assinado o contrato. O contrato foi então mostrado ao Chefe de Estado, que o ignorava.

O Presidente sugeriu a devolução do processo a quem o assinara pela Administração Pública. O Tribunal devolveu. O arrendamento foi desfeito, sem o menor prejuízo para a União.

Não é para continuar a referir a lista — que não é pequena. (Risos.)

Houve um congresso frustrado, aqui, que nunca aconteceu: um congresso cultural para o qual foram fabricadas não sei quantas medalhas

de ouro comemorativas. Não havia verba nem propósito. O fato foi apurado. As providências tomadas.

Mas não é disso que haveremos de tratar. Desejamos, somente, afirmar que o dever pode sempre ser cumprido. O Tribunal é também uma escola cívica.

Merecem todo o apoio as palavras, aqui, proferidas pelo sábio e experiente expositor.

Há lugar para um ramo talvez mais radical do que “restabelecer” controles. Importa “estabelecê-los”, na verdade. Os progressos têm sido lentos, mas nunca houve plenitude de controle.

Vejamos a Constituição de 91 (art. 80): previa ela a instituição do Tribunal de Contas, para “liquidar” as contas da receita e despesa, e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso.

Até a Revolução de 1930, nunca o Tribunal recebeu do Poder Executivo as Contas da República. Nunca!

Assim, de 1891 até 1934, nunca houve tomada de contas no País...

Em 1929, a Aliança Liberal levantou essa questão, na Comissão de Tomada de Contas.

Esse requerimento envenenou o ambiente, mas sem qualquer seguimento.

O Presidente da República de então, apesar de bacharel em Direito, levou um susto. (Risos.) Ele era um homem de bem, austero e impecável, em matéria de dinheiros públicos.

Quatro dias depois que “acordou” a Comissão de Tomada de Contas, no Itararé, e, com Itararé, a vitória da Revolução.

Isso foi um outro problema. (Risos.) Nos anos da Ditadura que se seguiu, houve “aparência” de Contas Públicas, aprovadas por quem as prestava e que acumulava o Poder Executivo e o Legislativo.

Em 34, era eu Deputado, servindo em Comissões de Finanças e de Orçamento. Andei a familiarizar-me com esses assuntos. Posteriormente, sem o querer nem o pleitear, fui servir no Tribunal de Contas onde permaneci por 20 anos, escrevendo alguns opúsculos, na especialidade, e presenciando a destruição da obra teórica de Rui Barbosa, que nunca chegou a ser implantada, em plenitude. Esse o nosso depoimento que pareceu oportuno.

Em 64, veio a nova Revolução e foi planejado um processo que se chamou “sistema brasileiro”.

Então, escrevi um trabalho intitulado “O Controle das Finanças Públicas”. Está ele, aqui, comigo. (Mostrando.)

Estou mostrando, aqui, também, estes quadros e este volume, porque vou adiantar uma informação sobre a implantação de um Curso criado no

Tribunal de Contas da União: "Curso Extraordinário de Iniciação às Funções de Controlador de Contas Públicas."

Esse curso nasceu com um programa ambicioso, resumido, audiovisualmente, em Quadros, Esquemas e Gráficos, pormenorizando as espécies de controle, suas fases, autorizações de créditos, programações financeiras de desembolso, aberturas de créditos em via bancária, e inspeções sistemáticas e extraordinárias, bem como utilizações de créditos (em acompanhamento, à margem das auditorias interna e externa), culminando na auditoria global, para efeito da elaboração do Parecer Prévio das Contas da República.

Era a anatomia e a fisiologia do chamado "Sistema brasileiro". Neste, o defeito principal, segundo pareceu, na época, ao Tribunal, era a supressão do controle prévio da legalidade dos contratos.

Mas era lei, e não nos cumpria julgar da lei, mas segundo a lei.

As idéias vitoriosas na Constituição de 1967 foram reduzidas a três "Memórias" que levei para Tóquio (Japão) onde se reuniu o "6º Congresso Internacional das Instituições Superiores de Controle das Finanças Públicas".

Espero, ainda hoje, que, nessas três "Memórias" esteja gizado o que há de essencial no "Sistema brasileiro" — que, ali, pelos comparatistas, foi objeto de viva curiosidade.

Uma palavra final, no encerramento desta Mesa Redonda, tão frutuosa.

O controle das Finanças Públicas não está "sediado", somente, no controle interno — nem no controle externo — representado pelo Tribunal e pelo Congresso Nacional que tem a voz do julgamento dos administradores.

Pretendo ter descoberto nas "Memórias" referidas, a confirmação de diagnóstico, nosso, anterior: "há, no Brasil, na letra da lei, "o controle popular", o que causou admiração entre os participantes do 6º Congresso, de Tóquio.

Creio ter identificado essa forma de fiscalização, por parte do povo, além do remédio a *posteriori* do voto punitivo, nas democracias representativas, quando não são reconduzidos os representantes do povo.

Esse "controle popular" está inscrito nas Constituições brasileiras, desde a de 1934, e repetido nas de 1967 e 1969.

É que entre os "Direitos e Garantias Individuais", está inscrito, nos §§ 30 e 31 do art. 153, que qualquer cidadão é "parte legítima" para usar a "ação popular", na defesa do patrimônio da Nação.

Quando falharem os controles internos e externos, desde que tenhamos justiça independente e com garantias asseguradas, será o controle judicial, através da "iniciativa popular", o remédio supremo, na defesa dos dinheiros do povo!

Muito obrigado. (Palmas prolongadas.)

O Senado e a Questão Religiosa, 1866 - 1876

Prof. DAVID GUEIROS VIEIRA



Professor David Gueiros Vieira.

- I — Abertura da sessão — Prof. José Francisco Paes Landim
Presidência — Prof. Roberto Cardoso de Oliveira
- II — Conferência do Prof. David Gueiros Vieira
- III — Debates
Debatedores — Profs. Gentil Martins Dias e Nelson Gomes

I — ABERTURA DA SESSÃO

O SR. CHEFE DO DEPARTAMENTO DE DIREITO (José Francisco Paes Landim) — Teremos hoje a exposição do Prof. David Gueiros Vieira, chefe do Departamento de História, da Universidade de Brasília, sobre o Senado do Império.

O papel institucional do Senado na vida brasileira, evidentemente, exige análise política, histórica, sociológica e jurídica. Hoje, vamos tê-la do ponto de vista histórico de um dos nossos mais eminentes professores, que passou vários anos nos Estados Unidos, onde conviveu com várias universidades americanas.

Professor David Gueiros Vieira, convido, portanto, V. S.^a para participar da Mesa, esclarecendo que a presidência dos nossos trabalhos de hoje estará a cargo de um não menos ilustre e brilhante professor desta Universidade de Brasília, Diretor do Instituto de Ciências Humanas, Prof. Roberto Cardoso de Oliveira, Antropólogo, Doutor da Universidade de São Paulo, também PhD na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos; e, como debatedores, teremos o Prof. Gentil Martins Dias, baiano, mas que viveu, durante vários anos, na Inglaterra, na Universidade de Essex, onde é PhD em Ciências Sociais, e o Prof. Nelson Gomes, do Departamento de História, Doutor em Filosofia pela Universidade de Munique, que chegará um pouco atrasado, mas que estará aqui prestigiando esta solenidade.

Convido, então, os Profs. Roberto Cardoso de Oliveira e Gentil Martins Dias para fazerem parte da Mesa. (Pausa.)

Passo, agora, a presidência desta sessão ao Prof. Roberto Cardoso de Oliveira.

O SR. PRESIDENTE (Roberto Cardoso de Oliveira) — As apresentações já foram feitas pelo Prof. Landim, chefe do Departamento de Direito, cabendo-me, apenas, dar um esclarecimento sobre o tema da palestra do Prof. David Gueiros Vieira que, embora sendo sobre o Senado do Império, trata de um caso específico, que é a questão religiosa relacionada com o tempo e a instituição, que é o Senado.

Passo, portanto, a palavra ao Prof. David Gueiros.

II — CONFERÊNCIA DO PROF. DAVID GUEIROS VIEIRA

Há alguns anos, quando começamos a ler os *Anais da Câmara e do Senado*, cobrindo o período desde a Constituição de 1823 até 1876, encontramos grande falta de uma obra de referência, que explicasse certos aspectos dos trabalhos do Parlamento do Império, ou contivesse biografias de parlamentares que nos pudessem dar ainda que uma vaga idéia de quem eram os homens por trás daqueles nomes anglicizados, alguns, hoje, totalmente esquecidos: Carneiro, França, Andrada Machado, Ferreira de Araújo, e tantos mais. As enciclopédias citam apenas os mais famosos e,

em geral, limitam-se a informar que foram deputados ou senadores do Império, algo que é amplamente do conhecimento do pesquisador.

Além dos trabalhos de A. Tavares Lyra e de Afonso d'E. Taunay, pouco havia sobre o Senado, exceto algumas biografias de senadores, tais como as de Abaeté, Barbacena, Vergueiro, Feijó, Pereira de Vasconcelos, Sinimbu, Cândido Mendes de Almeida, Nabuco de Araújo e alguns poucos mais. Eram esses poucos recursos bibliográficos, especialmente em se tratando de quase que oitenta anos de trabalho legislativo.

No entanto, agora, ao levantarmos a bibliografia recente, encontramos dois volumes intitulados **Parlamentares do Império**, e o trabalho, em vários volumes que, por iniciativa do próprio Senado, o Professor José Honório Rodrigues elaborou sobre o Parlamento do Império, publicado como obra comemorativa do Sesquicentenário da Independência.

Mais ainda, no recém publicado nº 50 da **Revista de Informação Legislativa**, descobrimos que pouco poderíamos acrescentar ao que já foi dito pelos ilustres Senadores Magalhães Pinto, Ruy Santos e Mauro Benevides, em seus discursos proferidos na Sessão Comemorativa do Sesquicentenário do Senado, a 6 de maio do corrente ano, e nos estudos dos Senadores Cattete Pinheiro, Accioly Filho, Paulo Brossard, Franco Montoro e de ilustres colaboradores daquele número especial da Revista.

Assim, tomamos a liberdade de modificar o tema geral, que nós mesmos havíamos sugerido, para um mais limitado, cobrindo apenas certos aspectos da atuação do Senado do Império, nas décadas de 1860 e 1870. Mais particularmente, a atuação do Senado na chamada Questão Religiosa. Afinal, o problema do relacionamento entre a Igreja e o Estado não é algo totalmente desatualizado. Mais ainda, neste ano, comemoramos o centenário da anistia dos Bispos Dom Vital e Dom Macedo Costa.

A 29 de abril de 1876, Pio IX, através da Encíclica **Exortae in ista ditione**, ordenou que o episcopado brasileiro levantasse as interdições fulminadas contra as irmandades religiosas desde 1873, colocando, assim, um ponto final no incidente político-religioso, conhecido em nossa história como a "Questão Religiosa".

Como é amplamente conhecido, esta foi uma questão que agitou o Parlamento, tanto a Câmara quanto o Senado, mas que, em boa hora, chegou ao fim, sem que ocorresse no Brasil o que ocorrera em outros países latino-americanos, ou seja, um derramamento de sangue em nome da religião. Não queremos dizer que não tenha havido nenhum derramamento de sangue relacionado, ainda que de longe, com a Questão Religiosa: o Movimento do "Mata Português" do Pará em 1874, o "Quebra Quilos" no Nordeste, a começar no mesmo ano, e movimentos similares, de menos violência, em Minas Gerais, Espírito Santo e províncias do Centro-Sul, estavam todos relacionados com a Questão Religiosa, como discutiremos mais adiante.

A Questão Religiosa, é por demais conhecida dos estudiosos da História do Brasil, e não precisaria ser rememorada aqui, exceto, pela necessidade de se estabelecer os antecedentes históricos de um evento que tanto empolgou o Parlamento durante a década de 1870.

Como é notório, o Bispo Dom Frei Vital Maria de Oliveira, tendo sido hostilizado pela Maçonaria desde sua chegada à Sé de Olinda, em março de 1872, e, em retorno, tendo secretamente preparado o clero para um contra-ataque àquela organização, fulminou contra as irmandades religiosas, na sua maioria dominadas por elementos maçônicos, as bulas, alocações, constituições e encíclicas que, através dos anos, tinham sido promulgadas pelos Papas, contra os pedreiros livres. Exigia que as confrarias religiosas expulsassem do seu seio os membros maçons.

As confrarias, tendo recusado a agir como lhes ordenara o bispo, foram por ele interditas. Em retorno, como eram elas organizações híbridas — de um lado religiosas e, como tal, sujeitas às regras eclesiásticas, de outro civis, e como tal sujeitas à lei civil — apelaram para a Coroa, reclamando que o bispo lhes infringira os direitos.

Sendo intimado pela Coroa para levantar as interdições, o bispo Dom Vital, agora acompanhado do Bispo do Pará, Dom Antônio de Macedo Costa, respondeu negativamente com seu famoso “non possumus”. Presos, levados à Corte e lá processados e condenados a quatro anos de prisão, com trabalhos forçados, os dois bispos facilmente tornaram-se mártires, símbolo da resistência à prepotência da Coroa ou do “Imperialismo” como então se dizia.

Os ânimos foram exacerbados de ambos os lados da questão. Os liberais, maçons e republicanos, de um lado, ameaçavam a Igreja com um novo 1779, como se expressou um escritor maçônico em jornal de Belém do Pará. Do outro, a Igreja, de há muito, não menos violentamente se expressava, ameaçando o governo, ou, eufemisticamente poderíamos dizer, fortemente advertindo-o de que cuidasse em não hostilizá-la, pois o povo brasileiro haveria de reagir à altura. O jornal semi-oficial da Igreja, *A União*, do Rio de Janeiro, chegara ao ponto de citar o exemplo do que acontecera ao Imperador Maximiliano do México, como algo que também poderia acontecer aqui.

Palavras duras, escritas e faladas sob forte emoção, em momento de luta, que poderiam ou não ser autênticas ameaças pronunciadas por membros da elite nacional, que deveria ter sido mais ponderada. No meio da massa popular, no entanto, essas palavras encontravam eco e acrescentavam fogo ao descontentamento com a situação econômica e política do Império, periclitando, assim, a estabilidade do trono e do regime vigente, bem como a própria unidade nacional.

Se o caso chegou a uma pacífica contemporização, foi por causa do bom senso de alguns senadores e deputados, bem como pelo bom senso do Internúncio Domenico Sanguigni e do Protonotário Apostólico Michele Ferrini, que o sucedeu. Seria este apenas um curioso evento na nossa história?

Creemos amplamente que a história pátria, e a história de todas as nações, não ocorre num vácuo provinciano de questiúnculas paroquiais. Há forças de vários tipos que agem e reagem dentro da sociedade, influenciando, destarte, o fluxo da história. Fatores políticos, religiosos, econômi-

cos, culturais, étnicos, entre outros, e não limitados a estes, são de ordem universal e, por isso, afetam a história de todas as nações, ao passo que a mesma vai se desdobrando no tempo e no espaço.

Partindo dessa ótica, poderíamos definir as forças e grupos que influenciaram a Questão Religiosa no Brasil, como as forças multinacionais do século XIX. "Multinacionais" aqui definimos em termos mais primitivos, não apenas ligadas à produção de bens de consumo e sua distribuição, como as de hoje, porém ligadas a outros interesses de ordem universal. Essas forças e grupos seriam, no século passado, a Igreja Católica Apostólica Romana, organização multissecular de âmbito universal; o Capitalismo multinacional, representado pelo liberalismo econômico, inglês e americano; as forças "anárquicas" do livre-pensamento, representadas pela Maçonaria; e, afinal, as forças anticatólicas e de reforma religiosa, com seus parâmetros teológicos, políticos, econômicos e culturais, representados pelo protestantismo, o judaísmo e o espiritismo Kardecista.

Não podemos, dentro de uma só hora, explicar o que nos levou dez anos para pesquisar, e 988 páginas de tese de doutorado para descrever. Limitar-nos-emos a dar vagas pinceladas naqueles aspectos que mais fortemente afetaram o Senado do Império. Neste caso, tentaremos indicar as ligações e compromissos que alguns senadores tinham com essas forças que, à falta de melhor termo, chamamos de "Multinacionais".

Tais ligações foram pesquisadas não apenas em arquivos brasileiros, estatais e particulares, mas também no Arquivo Secreto do Vaticano, no "Public Record Office" de Londres e em arquivos religiosos ingleses e escoceses, e, finalmente, no "National Archives" de Washington e numa dezena de arquivos religiosos americanos. Eventualmente, os arquivos dos países de fala germânica nos teriam oferecido preciosos subsídios, pois essa questão estava intimamente relacionada à imigração no Império, imigração esta que, até 1870, era predominantemente alemã.

O aspecto da imigração e dos direitos civis do imigrante, como elemento intrínseco da Questão Religiosa, já foi abordado por nós em publicação da **Revista de Informação Legislativa** do Senado Federal, nº 44, outubro a dezembro, 1974. Não vamos repetir aqui o que já expostulamos. Cumpre, entretanto, lembrar que a queda do Gabinete do Marquês de Olinda, em 1866, estava intimamente ligada a esse problema que, mais tarde, se desdobraria na Questão Religiosa. Muitos deputados e senadores estavam comprometidos com grupos internacionais para agir, uns a favor, outros contra a imigração heterodoxa. Eram interesses comerciais, políticos e religiosos que se chocavam, tanto quanto eram também escolas de pensamento que se batalhavam.

Do lado pró-imigração estava a escola de pensamento que ocorreu no Brasil em meados do século XIX, a qual, em 1879, foi denominada de "escola anglo-saxônica", por Reinaldo Carlos Montoro, biógrafo do Dr. Caetano Furquim de Almeida, um dos grandes defensores da mesma.

Muito já foi escrito por vários autores sobre a influência do pensamento de Adam Smith, Jeremy Bentham, John Stuart Mill e, bem mais

tarde, de Herbert Spencer, no pensamento político-econômico do Império. No entanto, a chamada "escola anglo-saxônica", até agora ignorada por nossos estudiosos, estava ligada mais intimamente ao pensamento de dois políticos liberais ingleses, Richard Cobden e John Bright. Estes postulavam total liberdade de comércio, em um mundo que seria controlado por industriais e homens de negócio (que suspeitamos seriam, na sua maioria, ingleses) para um maior desenvolvimento na produção de comestíveis e de produtos manufaturados, para o benefício de "toda humanidade". Na ótica de Cobden e Bright, a fartura e a produção formavam a base da "moralidade".

De uma maneira bem pragmática, a chamada "escola anglo-saxônica" brasileira, olhando ao redor e vendo um país tão subdesenvolvido quanto era o Brasil de então, optou pela imigração como uma panacéia para os problemas desenvolvimentistas do Império. Essa imigração, de acordo com eles, deveria vir dos países mais avançados, pois que traria consigo conhecimento técnico, para a melhoria da agricultura e a implantação de indústrias. Mais ainda, essa imigração, por força, deveria vir de países predominantemente acatólicos que eram os mais desenvolvidos daquela época: Inglaterra, Estados Unidos e Estados de língua germânica.

A União, jornal católico, opondo-se a esta solução, jocosamente apelidou seu defensores de "sectários do progresso repentino". Entre esses "sectários do progresso", ao lermos os debates nos **Anais do Senado**, e os da imprensa de então, encontramos os senadores Luiz Pedreira do Couto Ferraz (Barão do Bom Retiro), José Inácio Silveira da Mota (Barão de Vila Franca), José Martins da Cruz Jobim, João Lins Vieira Cansação de Sinimbu (Visconde de Sinimbu), Bernardo de Souza Franco (Visconde de Souza Franco), Antônio Luiz Vieira da Silva (Visconde Vieira da Silva), Francisco Gonçalves Martins (Visconde de São Lourenço, Antônio Luiz Dantas de Barros Leite, José Thomaz Nabuco de Araújo e, possivelmente, o Visconde do Rio Branco.

Todos estes, de uma maneira ou de outra, defendiam a imigração heterodoxa, a expansão dos direitos civis do imigrante e, em geral, estavam ligados ou à Sociedade Internacional de Imigração ou a missionários protestantes, como amplamente o comprova a correspondência de James Cooley Fletcher, autor de **Brazil and the Brazilians** e agente da Sociedade Bíblica Americana; os diários e correspondência do médico escocês, Dr. Robert Reid Kalley, agente não remunerado da Sociedade Bíblica Estrangeira e Britânica; a correspondência e diários de outro escocês, Richard Holden, agente da mesma Sociedade Bíblica; e, finalmente, a correspondência do Internúncio Domenico Sanguigni e do Protonotário Apostólico, Michele Ferrini.

Bom Retiro e Vila Franca eram amigos de Fletcher. Basta ler **Brazil and the Brazilians** para comprovar esse relacionamento. No caso de Bom Retiro, o relacionamento parece ter sido mais íntimo, a julgar pelas menções que dele faz Fletcher, em suas cartas ao Imperador. Quanto a Vila Franca (que ainda era conhecido como Silveira da Mota), sabe-se que Fletcher o supria com literatura americana antiescravagista, que este utilizava em seus debates no Senado.

O Senador Cruz Jobim foi amigo de Kalley, desde 1855, quando este chegou ao Brasil, trazendo cartas de apresentação para o genro daquele, conforme testemunha o diário de Kalley. Mais ainda, as batalhas de Jobim, contra as Irmãs de Caridade, a quem acusava de maltratar os pacientes acatólicos no Hospital de Santa Casa de Misericórdia, bem como seus outros ataques, focalizando maltratos inflingidos a imigrantes alemães e missionários americanos, foram todos feitos a pedido de Kalley, que passava notícias de tais incidentes ao Senador.

De igual maneira, vários discursos do Senador Antônio Luiz Dantas de Barros Leite, de Alagoas, foram diretamente influenciados por Kalley, que o menciona várias vezes em seu diário. Por exemplo, em 1867, este registrou que viajara com o Senador Dantas na barca Rio-Niterói e que conversara com ele sobre a conveniência da imigração dos confederados americanos, pois tratava-se de "raça superior" e de "religião superior". Mais ainda, que escrevera carta ao Senador, dando-lhe maiores detalhes sobre o assunto.

Curiosamente, encontramos discurso de Dantas no Senado, no qual repete todas as palavras de Kalley sobre a imigração americana.

Sinimbu e Souza Franco eram também amigos de Kalley, se bem que com certas reservas, quanto ao aspecto religioso. No entanto, através de carta, escrita em 5 de abril de 1888, pela filha de Sinimbu (Maria Valéria) à viúva de Kalley, vemos que as duas famílias eram íntimas, e que a Maria Valéria passava as manhãs brincando na casa destes. Se bem que a simpatia que Sinimbu demonstrava pelos imigrantes alemães era, provavelmente, pelo fato de ter ele estudado na Alemanha e ter casado com uma alemã (Valérie Tourner-Vogeler) sua atuação no Senado, entre 1857 e 1876, deveria ser estudada à luz do conhecimento que temos do relacionamento que mantinha com Kalley.

Souza Franco, também, tomou a defesa da imigração heterodoxa e dos direitos civis do imigrante. Tornara-se amigo de Kalley depois de 1859, quando o Imperador agraciou a este com sua amizade pessoal. Souza Franco é mencionado inúmeras vezes no diário do escocês.

Já o Senador Francisco Gonçalves Martins tornou-se amigo de outro escocês, Richard Holden, quando este vivera na Bahia, de 1863 a 1864. Foi advogado, amigo e conselheiro de Holden, tendo defendido-o em algumas ocasiões, contra ataques que lhe faziam por razões de religião. Em 1864, quando esteve bem doente, chegou quase a confessar-se protestante, de acordo com o diário de Holden.

Sua atuação no Senado, de 1863 à data de sua morte, em 1872, em questões de imigração e direitos civis, reflete fortemente a relação que mantinha com esse agente da Sociedade Bíblica Estrangeira e Britânica.

Três outros senadores foram acima mencionados como tendo relações com grupos que chamamos de "multinacionais": os Senadores Vieira da Silva, Nabuco de Araújo e Rio Branco. Os três são casos um tanto diferentes dos que já relatamos acima.

O Senador Vieira da Silva foi acusado por Cândido Mendes de Almeida de haver perdido a fé, estudando na Universidade de Heidelberg. Desde 1871, quando assumiu a senatoria de seu velho pai, Joaquim Vieira da Silva e Souza, Vieira da Silva sempre tomara uma posição antagônica aos interesses políticos da Igreja.

Além deste seu alegado abandono da fé, ocorrido na universidade alemã, podemos notar que Vieira da Silva, provavelmente, sofria a influência de parentes protestantes. Era primo de Miguel Vieira Ferreira e Luiz Vieira Ferreira, ambos protestantes. Ambos, eventualmente, tornaram-se pastores presbiterianos.

O nome do Senador não aparece na correspondência dos agentes das sociedades bíblicas ou dos missionários americanos e ingleses. No entanto, os nomes de seus primos são constantemente mencionados na dita correspondência. De modo que, em face de sua atuação no Senado, em matéria de religião, imigração heterodoxa e casamento civil, presume-se que fora influenciado por essas forças multinacionais, através desses parentes.

Nabuco de Araújo, como é bem conhecido, foi eleito Senador em 1853. Anterior a essa data, fora Deputado pelo Pará e por Pernambuco, tendo, então, tomado posição bem marcante em relação ao direito civil dos imigrantes. Em 1859, juntamente com Caetano Alberto Soares e Urbano Sabino Pessoa, foi consultado por Kalley num processo de expulsão do País, que lhe movia o Ministério das Relações Exteriores, pelo "crime" de pregar o protestantismo a brasileiros. Cria-se, até então, que tal coisa era proibida por lei.

Nabuco, Caetano e Urbano provaram que a Constituição apenas proíbia o culto de outras religiões em templos com forma de templo.

Desde essa data, que o nome de Nabuco aparece no diário de Kalley, pois o consultava freqüentemente, através de um agente da Sociedade Bíblica Britânica, um Pedro Nolasco de Andrade, velho conhecido do Senador, que o visitava assiduamente, a saber, em nome de Kalley, a quantas ia a luta pelo casamento civil e outras medidas liberalizantes, propostas pelo "amigos do progresso".

Sabe-se, ainda, tanto pelos jornais da época, quanto pelos documentos deixados por Tavares Bastos, e pelas cartas do Internúncio Domenico Sanguigni, que Nabuco estava fortemente ligado à Sociedade Internacional de Imigração, formada no Rio de Janeiro, por ingleses, alemães, americanos, portugueses e políticos liberais, para promover a imigração no Brasil.

Tal era a ligação de Nabuco, com esse grupo, que, quando resolveu acicar a intriga que havia entre Caxias e Zacarias de Góes e Vasconcelos, a fim de derrubar o Gabinete deste e fazer-se Primeiro Ministro, foi o inglês, William Schilly, um dos Diretores da Sociedade de Imigração, e editor do **Anglo-Brazilian Times**, jornal de língua inglesa no Rio, quem implementou o Plano Nabuco, atacando Caxias através daquele periódico de língua estrangeira.

Já o caso de Rio Branco, é um caso todo especial. O Visconde era chefe do Grande Oriente Maçônico do Vale do Lavradio. Maçonica era, também, a maioria dos liberais e alguns conservadores, comprometidos com a causa da imigração heterodoxa. A maçonaria era, e é ainda, uma organização de âmbito universal. Isso, em si, seria suficiente para colocar a todos os mencionados acima, na lista dos que estavam ligados a uma organização multinacional. No entanto, é difícil provar que a maçonaria no Brasil tenha tido ligações com a maçonaria de outro país, exceto aquelas de fraternidade que uniam as várias Grandes Lojas, como parte de um todo espiritual.

A Cúria Romana acreditava que essa ligação era mais do que espiritual; que era algo forte e rigidamente estruturado. Cria-se que toda a maçonaria recebia ordens de um fantasmagórico "papa negro" que, na penumbra, fazia guerra à Igreja. Naquela época, havia a forte suspeita de que o Chanceler Von Bismarck era essa poderosa figura maçônica.

Em 1869, Roma estava a ponto de cair em mãos de Victor Emmanuel da Sardenia, defendida como estava, por poucas tropas papais e pelas de Napoleão III. Nessa conjuntura, como é bem conhecido, Bismarck atacou a França, forçando Napoleão a retirar seu exército de Roma. Sem defesa, a cidade caiu nas mãos do unificador. A suspeita imediatamente levantada era de que as ações de Bismarck e de Victor Emmanuel tinham sido elaboradas em comum acordo, a fim de destruir o poder de Roma, a católica.

A suspeita da premeditação do ataque prussiano à França, para causar a queda de Roma, foi debatida por muitos anos, sem que se chegasse a uma conclusão aceitável a todos. Em anos recentes, o padre jesuíta C.J. Beirne, em artigo sobre a atuação dos bispos latino-americanos no 1º Concílio do Vaticano (1869-1870), sugeriu, bem discretamente, que a ação de Bismarck fora premeditada.

A premeditação da ação de Bismarck é, ao nosso ver, algo bem provável. Basta ler as revistas protestantes da época, inglesas e americanas, para ver que algo desse tipo de ação era esperado há muito tempo. Quando Roma foi invadida, um templo protestante já tinha sido secretamente construído, no coração da cidade. Ao redor de Roma, junto com os exércitos de Victor Emmanuel, havia outro pequeno "exército" de agentes das sociedades bíblicas protestantes, bem como um bom número de missionários evangélicos estrangeiros e pastores valdenses italianos, prontos para efetuar a conquista espiritual da cidade, depois de sua rendição. Tudo isso não passara despercebido da Cúria Romana.

Dai, as suspeitas de que Bismarck era o chefe da alegada maçonaria universal, e as suspeitas, de Sanguigni, de que Rio Branco seguia as ordens daquele. Que saibamos, ninguém ainda localizou documentos que comprovem tal liderança de Bismarck na Questão Religiosa no Brasil. As evidências são puramente circunstanciais: no auge da luta, depois de os bispos terem sido presos e processados, Bismarck, alegadamente, escreveu a Rio Branco, congratulando-o pelo que fizera. Rio Branco, orgulhosamente, teria mostrado essa carta a amigos, fato este denunciado pelo jornal católico, **O Apóstolo**, do Rio de Janeiro, a 7 de agosto de 1874.

A influência estrangeira, sem dúvida, estava presente, tanto de um lado, quanto do outro.

Essa influência alienígena era, também, fortemente sentida entre os que se digladiavam pelos direitos da Igreja no Brasil, comprometidos, como estavam, com a Santa Sé. Entre esses, que juraram fidelidade a Roma, encontramos os Senadores Marquês de Olinda, Zacarias de Góes e Vasconcelos, Cândido Mendes de Almeida; os Deputados Polyódoro César Burlamaqui e José Antônio de Figueiredo; o diplomata José Bernardo de Figueiredo (Barão de Alhandra); o jornalista Justiniano José da Rocha; e o comerciante Diogo Andrews. Vários outros senadores e deputados estavam, de igual maneira, comprometidos com o Internúncio, porém, os nomes acima são os que mais freqüentemente aparecem na correspondência de Roma.

Os três últimos nomes não são de parlamentares e, por isso, deverão ser ignorados, dentro do contexto deste trabalho. Quanto aos outros, suas atividades são relatadas em carta do Internúncio Domenico Sanguigni ao Cardeal Antonelli, a qual passaremos a citar, na íntegra. Trata-se de documento totalmente inédito, tremendamente curioso, com aspectos assaz dramáticos e que bem documenta a luta que se processava à surdina dentro do Parlamento. Luta essa, contra medidas que, hoje, consideraríamos inócuas, mas que, na ótica do homem do século XIX, eram de suma importância, para manter o privilégio e a posição da Igreja em relação ao Estado. O documento é endereçado à sua Eminência Reverendíssima, o Senhor Cardeal Antonelli, Secretário de Estado, Roma, como segue:

25 de fevereiro de 1866

Eminência Reverendíssima

Nº 1.503

Assunto: Cessação do perigo a respeito da lei do matrimônio civil, e do recurso à Coroa pela suspensão *ex informata conscientia*.

Tenho o prazer de anunciar, para a paz do S. Padre e de Vossa Eminência Reverendíssima, que, através da ação do Ministro, foi removido, pelo momento, o perigo da ameaça da aprovação da lei anticatólica do matrimônio civil e misto, e de uma medida que concedesse o recurso à Coroa pela suspensão aplicada pelos bispos *ex informata conscientia*.

Ao bem da verdade, devo declarar a Vossa Eminência, que se deve tal vitória à decidida e constante resistência feita pelo Marquês de Olinda ao seu colega, Ministro da Graça (sic) e Justiça, Senhor Nabuco, que desejava, a todo custo, apresentar e discutir esse projeto. E, acrescenta-se, ainda, que a verdadeira causa da dissensão entre os ministros e a total dissolução do Ministério, derivaram-se principalmente dessa luta. Seu bom êxito não pode deixar de ser-me agradável, pela boa fortuna que tive de remover do ânimo do Presidente do Conselho, na conferência mantida com ele, todos os preconceitos que lhe ofuscavam a mente, e, ainda mais, de prendê-lo, mais solidamente, à promessa que me fizera.

No entanto, o Senhor Nabuco, comprometido com a Associação de Emigração, para fazer aprovar a lei sobre o matrimônio civil e misto, declarou numa das reuniões do Conselho dos Ministros que se demitiria se não se discutisse o projeto na atual sessão. A essa manifestação, respondeu, em toda a frieza, o Marquês de Olinda que, durante sua Presidência no Conselho dos Ministros, jamais permitiria propor-se às Câmaras esse projeto. Levantou-se, então, uma séria e grave discussão, o Ministério se dividindo em dois campos, porém, a maioria seguiu a opinião do Presidente.

Vendo frustrado o seu golpe, o Senhor Nabuco adotou, então, o projeto de tornar-se fomentador da discórdia entre os ministros, na esperança de ser ele chamado pelo Imperador para compor o novo Ministério, quando caísse o atual. Para isso, procurava atrair e influenciar os colegas de seu Partido, para que o seguissem, ainda que no caso de uma demissão. No entanto, o estudo terminou logrado. Pois, tendo surgido disputa no Conselho sobre a pessoa a ser escolhida para Presidente da Província de Pernambuco, o Marquês de Olinda excluiu formalmente a pessoa sugerida pelo Senhor Nabuco, e foi o Marquês quem venceu, com o apoio de seus colegas. Em face de sua decisão anterior, (Nabuco) declarou que se demitiria, na certeza de que os outros o seguiriam. Porém, foi sozinho à residência imperial para pedir demissão, e soube que seria o único do Ministério, se S.M. o Imperador não tivesse recusado aceitar a demissão oferecida.

Quanto ao total rompimento entre os conselheiros da Coroa, esta deriva de uma séria posterior alteração, por questões de finanças, entre o Ministro da Agricultura e o da Fazenda; o que, junto com as outras dissensões, tornou impossível a continuação do Ministério.

Para obviar, além disso, o perigo que restava, de ver o Senhor Nabuco escolhido para compor o novo Ministério, o mesmo Marquês propôs à Sua Majestade que chamasse o ótimo Senador Zacarias de Góes (sic) e Vasconcelos e é sob sua presidência que os novos Ministros governam.

Pela série de fatos expostos, Vossa Eminência Reverendíssima poderá julgar se, diante da teimosia, da habilidade e desfaçatez do Senhor Nabuco, não tenha sido, realmente, obtida a vitória pela rara firmeza e manutenção da palavra que me empenhara o Marquês de Olinda.

Disse antes que ficamos livres, ainda, de uma disposição direta para admitir o recurso à Coroa, contra a suspensão dos bispos **ex informata conscientia**. Felizmente, existe uma resolução do Conselho de Estado, de 28 de março de 1857, que reconhece aos bispos esse direito, que lhes foi concedido pelo Santo Concílio de Trento, e exclui, igualmente, qualquer recurso à Coroa. Foi contra essa resolução que se moveu guerra, com o apoio de uma recla-

mação de alguns cônegos suspensos por Monsenhor Laranjeira, Bispo do Rio Grande do Sul. Este ótimo prelado, não sei se por bonomia, ou, talvez, por seguir a corrente de tudo levar ao público, motivou, com certa razão, a ameaça à suspensão **ex informata conscientia**. Deste fato, aproveitaram-se esses cônegos de boa têmpera, para dirigir-se com um officio à Câmara dos Deputados, reclamando neste contra a suspensão, e invocando o direito de apelar à Coroa.

E, enquanto era ignorado por todos esse passo, viu-se, de repente, aparecer na imprensa, os debates da sessão da Câmara, nos quais o sacerdote e Deputado Correia das Neves, como membro da Comissão Eclesiástica, leu um relato cheio de falsidades, declarando despótica, opressora e injusta a suspensão lavrada por Monsenhor Laranjeira a seus Cônegos, e sustentando o recurso à Coroa, por meio da revogação da citada resolução do Conselho de Estado.

E, para que ninguém duvidasse que este desgraçado sacerdote pretendia elevar-se ao mais alto grau de imprudência, não exitou em sustentar seu parecer com um longo e caviloso discurso. Apesar da surpresa causada não só a mim, mas também aos deputados e senadores de bons princípios, contudo pensei logo em conjurar a tempestade. Fiz publicar no **Jornal do Comércio**, como o mais popular, uma série de artigos próprios para esclarecer a mente dos deputados, geralmente ignorantes das disposições eclesiásticas e, achando-se enfermo o ótimo Deputado Senhor Burlamaqui (Polyodoro Cesar), dirigi-me a outro não menos zeloso, o Senhor Figueiredo (José Antônio), o qual, num discurso muito bem elaborado, desnudou as artimanhas do Sacerdote das Neves e o derrotou totalmente. A discussão ainda durava quando a queda do Ministério a sepultou ao olvido. Apesar da quase certeza de vê-la excluída também da Câmara dos Deputados, eu vivia tranqüilo com a rejeição plena do Senado, a ela se opondo, além de muitos senadores, também o Senhor Conselheiro Zacarias de Góes e Vasconcelos e o Marquês de Olinda, autor e defensor da mencionada resolução do Conselho de Estado, de 28 de março de 1857.

Concluindo este meu respeitoso relatório, declaro a Vossa Excelencia Reverendíssima que, apesar de se acharem no novo Ministério alguns membros, cujas opiniões quanto à religião não são as mais sadias, não obstante, parece-me poder assegurar-lhe que, durante a presidência do louvado ótimo Senador Zacarias de Góes e Vasconcelos, nem a lei sobre o matrimônio civil e misto, nem o recurso à Coroa, contra o direito dos bispos de aplicar a suspensão **ex informata conscientia**, tornarão a ser propostas.

Julguei meu dever fazer Vossa Excelência Reverendíssima sabedora desses fatos, e enquanto, reverentemente, curvo-me ao beijo da Sagrada Púrpura, tenho o alto penhor de afirmar-me com o mais profundo obséquio e veneração de Vossa Eminência Reverendíssima.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 1866

G 42479

Vosso atencioso abnegado servo
Domenico Sanguigni, Internúncio Apostólico

Em vista do acima, não nos surpreendemos quando encontramos o Internúncio descrevendo a queda do Gabinete de Zacarias, como algo maquinado por Nabuco. Mais ainda, que Zacarias, por razão de religião e do seu compromisso com Sanguigni, não admitiu que outro Gabinete Liberal fosse formado e aconselhou o Imperador a convocar os Conservadores, sendo diretamente responsável pelo famoso "golpe de estado" de 1868.

Os liberais, acoçados pela violência dos conservadores, prepararam-se para ir às urnas de armas na mão. Nabuco, como líder liberal, considerando que a guerra contra Lopez ainda não terminara, vetou toda e qualquer violência. Os liberais entraram em recesso como Partido. A Câmara dos Deputados, em 1869, foi totalmente conservadora, sem um único liberal. Apenas, no Senado, vitalício em seu regime, continuaram a atuar as forças liberais.

Dividido estava o Império, pois divididos estavam não apenas os Partidos, como também dividida estava a maçonaria, centro que era do poder, do "estabelecimento" da nação. Os eventos de 1870, em Roma, no entanto, novamente uniriam as forças maçônicas.

Os bispos brasileiros, fugindo da invasão de Roma, no debandar do Concílio do Vaticano, trouxeram para cá os detalhes do que estava ocorrendo na Itália. A campanha antimaçônica então começou com toda a veemência em janeiro de 1870. A suspensão do Padre Almeida Martins, em 1872, apenas serviu para mais uma vez unir a maçonaria republicana do Grande Oriente do Vale dos Beneditinos à maçonaria monárquica do Vale do Lavradio.

O líder maçom republicano, Saldanha Marinho, começou sua campanha em prol da total separação entre a Igreja e o Estado. Os maçons procuraram desculpas para provocar uma luta de tal envergadura, entre a Coroa e a Igreja, que ambas viessem a aceitar a separação como algo desejável — assim foi relatado por maçons republicanos, aos missionários protestantes americanos.

O Bispo Dom Vital, com sua juventude e *testa calda*, como o chamou o próprio Pio IX, caiu na armadilha maçônica e agiu de tal maneira a criar a grande causa que a maçonaria republicana desejava, para provocar a separação entre a Igreja e o Estado.

Os republicanos em Pernambuco, encorajados pelo bom sucesso que vinham tendo, acicatando os liberais à luta, sonharam com outros sucessos. Isso foi logo do conhecimento de Miguel Vieira Ferreira, um dos líderes do Partido, e signatário do Manifesto Republicano de 1870, que, por seu turno, escreveu patéticos apelos aos pernambucanos para que não se expusessem ao perigo de uma destruição total, pois o governo ainda era forte.

O internúncio, amedrontado com todos os relatórios que recebia das maquinações republicanas, apelou para o Papa, que salvasse o trono bra-

sileiro. Disse, ainda, que os bispos tinham de ser punidos, pois, caso contrário, a opinião popular, irritada com a intransigência dos bispos, faria periclitir o trono.

Os bispos, especialmente Dom Vital, formularam novas ameaças de violência ao governo. Dom Vital claramente disse que, se alguma violência popular ocorresse, a culpa seria totalmente da Coroa. Falava claramente de violência popular em tom de ameaça.

Domenico Sanguigni, havendo tentado apagar o fogo, fez inimigos de ambos os lados e terminou sendo transferido para Lisboa (5 de abril de 1874). Subitamente, começaram a ocorrer distúrbios no Império: o "Mata Português" no Pará, os "Quebra-Quilos" no Nordeste, e outros distúrbios, semelhantes a estes, que também ocorreram em Minas, Espírito Santo e províncias do Centro-Sul.

O protonotário Michele Ferrini, imediatamente, escreveu a Antonelli:

"Considero do meu dever prevenir a V. E. Revma., que pessoas altamente colocadas se mostram descontentes em geral com os jesuítas, lazaristas e até mesmo com os capuchinhos, pela parte que têm tomado na questão maçônico-religiosa. Portanto, para evitar uma qualquer resolução à moda bismarquiiana, me parece coisa útil, que os superiores dos mencionados religiosos recomendem aos mesmos pelo menos um pouco de calma e de prudência, porque é certo que a seita (maçônica) se aproveitará de qualquer circunstância e protesto para tentar com que sejam expulsos do Império."

No meio de toda a confusão, de violências e ameaças de violências, a Coroa convidou o Senador Duque de Caxias para formar um novo Gabinete. Com todo seu prestígio de pacificador, de herói da guerra do Paraguai, de maçom e de bom católico, o Duque negociou uma contemporização.

Os bispos foram anistiados a 17 de setembro de 1875. Em retorno, a 29 de abril de 1876, Pio IX promulgava a já mencionada *Encíclica, Exortae in ista distione*, levantando os interdictos às confrarias e restabelecendo a paz no Império.

O próprio Senado, levado pelo calor da luta, testemunhara lamentáveis cenas de acirradas e radicais disputas dos Senadores Cândido Mendes, Figueira de Melo, Silveira Lobo, Firmino Rodrigues da Silva, Cruz Jobin, Souza Franco, Vieira da Silva e outros. Cândido Mendes chegara ao ponto de gritar da tribuna, em resposta ao Marquês de São Vicente: "E eu antes de brasileiro, sou católico." Cruz Jobin propunha medidas absurdas, tais como, a expulsão do arcebispo, que o governo colocasse as tropas na rua para proteger os acatólicos, e, *anathema sit*, gritava que os protestantes eram superiores em tudo aos católicos, em instrução, em amor ao trabalho e na moral.

No entanto, foi do próprio Senado de onde partiu a solução que, eventualmente, traria a conciliação. Colocando de lado os interesses dos grupos multinacionais que haviam provocado a luta, voltando à base nacional,

tradicional e, por isso, — mais sólida, foi possível chegar-se a uma solução do problema que, até aquele momento, parecia insolúvel. Mais uma vez o Senado atuara como fiel da balança da consciência nacional, mantendo o equilíbrio entre as forças radicais, e restaurando a paz no seio da família brasileira.

Este é um evento que, nesta comemoração do Sesquicentenário do Senado, pelo seu bom sucesso, vale a pena ser lembrado.

III — DEBATES

O SR. PRESIDENTE (Roberto Cardoso de Oliveira) — Dando início aos debates, passo a palavra ao Professor Gentil Martins Dias, Sociólogo do Departamento de Ciências Sociais do Instituto de Ciências Humanas, da UnB.

O SR. PROF. GENTIL MARTINS DIAS — Inicialmente, creio que todos aqui presentes concordam que o Professor David Gueiros produziu uma peça inédita e brilhante e, com isso, uma contribuição das mais interessantes à historiografia brasileira.

Creio que esse evento, o da comemoração dos 150 anos de trabalhos do Senado, está por merecer contribuições desse quilate, contribuições que, de alguma forma, acrescentem algo ao conhecimento sobre o nosso passado, sobre a nossa História e, dessa maneira, sirvam para firmar cada vez mais a possibilidade da construção de uma cultura nacional, de uma historiografia brasileira, baseada em trabalhos científicos da qualidade desse com que o Professor David Gueiros acaba de nos brindar.

Confesso, também, que fiquei um tanto surpreso ao ser convidado a participar de debate sobre este tema. Em primeiro lugar, porque sou um sociólogo. Um sociólogo que, diria, egresso da Economia.

Minha formação acadêmica levou-me à expectativa de um “paper” convencional, versando sobre os papéis desempenhados pelo Senado brasileiro nos idos imperiais.

O exemplo aqui discutido, pela sua originalidade, serviu, certamente, para ilustrar de como instituições nacionais, no caso o Senado, teriam-se comportado, teriam evoluído e teriam, de certa forma, desempenhado papéis fundamentais em eventos de maior relevância histórica como foi a questão religiosa.

Como sociólogo, acho que o trabalho do Professor David Gueiros, me trouxe talvez tantas dúvidas quantas satisfações, ou seja, na medida que ele discorria sobre esse episódio, sobre a questão religiosa, me ocorria à mente uma série de indagações. Afinal de contas, que forças sociais estavam por trás desses eventos? Que interesses teriam se servido de oposições religiosas para obter vantagens materiais? Seriam os dois grupos religiosos, no caso a Igreja Católica e a Maçonaria, simplesmente aglomerados, contendo apenas interesses religiosos?

De que modo essas forças — o conflito que se desenvolveu sob a designação de questão religiosa — não teriam sido, também, produto de conflitos mais profundos e outros interesses que não aparecem na superfície dos eventos historiados e que fogem simplesmente ao historiador que está registrando o fato, que está coletando informações contidas em cartas, documentos, em livros, em relatos. O que está por trás disso tudo? Creio que essas perguntas, de uma certa forma, caberiam a todos nós, como certamente cabem a sociólogos, historiadores, cientistas políticos, que estão preocupados em reconstituir a história política do País e que buscam ver, em eventos aparentemente singelos como este, qual teria sido a constituição e o papel dessas forças. De que modo essas forças — que são forças reais, forças sociais, que estavam neste momento operando, no sentido de modificar o País e a sociedade que o constituía — estavam em processo de transformação social? O País se reformava, o País mudava. Essa a época a que o Professor David Gueiros está se referindo: a época da questão religiosa, a segunda metade do século XIX, quando ocorrem profundas transformações na sociedade e economia brasileiras.

Transformações, sobretudo, na estrutura fundiária resultante da nova legislação criada então, que põe em xeque todo o sistema escravocrata, que põe em xeque todo um sistema de poder, até então baseado no controle da propriedade e na exploração do trabalho escravo, como também é o momento em que os centros de decisão nacional se deslocam do campo para a cidade, acentuando um crescente urbanismo na política brasileira. É um primeiro momento, uma primeira manifestação, pois, do poder emergente das populações urbanas, cada vez mais numerosas e ativas.

Em segundo lugar, estamos diante de um evento também importante, que é o deslocamento do centro de poder nacional que, até então, se localizara no Nordeste e que, efetivamente, passa a se fixar no Centro-Sul, sobretudo na cidade do Rio de Janeiro. Obviamente, esse não é o momento em que começa essa mudança, mas é nesse momento que ela se completa.

Os conflitos, dos quais a questão religiosa é uma instância, de certa forma refletem as mudanças em curso.

Ao historiador seria interessante completar a descrição histórica, se possível, com a análise do social, melhor dizendo, a análise sociológica. Esta, ampliaria e aprofundaria o conhecimento dos eventos, situando-os na sociedade em que ocorreram.

Mas, além disso me chegaram outras dúvidas. Uma, é um detalhe que, confesso, deixou-me o tempo inteiro intrigado. Trata-se do uso da expressão multinacional para certas instituições religiosas, que estavam atuando no Brasil no século XIX. Aliás, eu teria dificuldades em aceitar essa designação de "multinacional", a organizações tais como a Igreja Católica e a Maçonaria, porque a categoria multinacional é uma categoria, até certo ponto, recente ou, pelo menos, ela se popularizou, tomou o seu lugar, inclusive nas Ciências Sociais, bem recentemente e ela tem um

significado próprio: é uma categoria sobretudo histórica. Tem uma aplicação, um uso específico, que se dá em certas situações históricas em que, possivelmente, a Igreja Católica e a Maçonaria, no século XIX, não caberiam perfeitamente. Creio que se nós tomarmos a liberdade de começar a designar, pelo mesmo nome, diferentes categorias, vamos chegar ao ponto de dificultar a compreensão de fenômenos que estas categorias pretendem elucidar.

Portanto, vejo, com restrições, o uso da expressão “multinacionais”, no contexto em que é utilizado.

Em seguida, ocorre-me uma questão que não foi, até certo ponto, explicitada. Afinal de contas, o que era o Senado brasileiro no Império? Que possibilidades tinha um cidadão brasileiro de atingir a posição de Senador? Que restrições se interpunham aos pretendentes de tal posição? Qual era o papel reservado ao Senado, na vida nacional?

Acho que isso, também, poderia resultar num debate interessantíssimo. Por que as impressões que resultam do papel do Senado são das mais contraditórias? O Senado tem sido visto, sobretudo, como uma instituição conservadora, uma instituição que tem como finalidade, até certo ponto, estabilizar outras instituições, sobretudo no Poder Legislativo.

De fato, os Senadores do Império eram vitalícios, ainda que eleitos pelo voto, e a sua escolha estava submetida à preferência do Imperador, que os selecionava numa lista triplíce, para cada vaga de cada província.

Para se atingir ao Senado, havia restrições consideráveis de ordem econômica: para alguém chegar ao Senado no Império, necessitava ter uma renda anual de não menos de oitocentos mil réis, uma soma apreciável para a época. O que significava, também, o dobro da necessária renda para a qualificação de um Deputado, na época.

Outra restrição era aquela de que somente indivíduos de 40 ou mais anos de idade poderiam candidatar-se à posição, naquela época. Por último, os Senadores deveriam ser indivíduos detentores de folha de serviços ilustres, o que certamente limitava o número de elegíveis. Isso fez com que, entre autores do século XIX, alguns percebessem, na instituição representada pelo Senado, não uma plêiade de ilustres homens públicos, de indivíduos muito bem dotados, mas o que Frei Caneca chamava de “grupo de apaniguados”.

Quando o Frei Caneca discute a questão da Constituição outorgada e da criação do poder moderador, ele ataca o Senado como força conservadora, força que teria se estabelecido para se opor ao progresso, às mudanças que se faziam necessárias.

Mas há historiadores e autores, como o historiador Camilo de Oliveira Torres que se referem ao Senado justamente como uma instituição progressista, durante o Império. Oliveira Torres se refere ao Senado como o **único forum** livre, neste País, durante o período imperial. Esta é, contudo,

a visão de um autor eminentemente conservador, que se propõe a fazer o elogio do conservadorismo na sua obra.

Em assim fazendo, Oliveira Torres nos apresenta uma série de eventos para demonstrar porque e como ele descobre no Senado uma força sobretudo progressista, onde o debate circulava livremente, no século passado, durante o Império. É que os Senadores, diferentemente dos Deputados, eram indivíduos que estavam protegidos solidamente. A Câmara poderia ser dissolvida pelo Imperador; o Senado nunca. Os Senadores estavam garantidos também pela perpetuidade, no seu cargo. O Imperador não podia extinguir o mandato de Senadores. Conseqüentemente, o Senador sentia-se numa posição de tamanha força e de prestígio que podia se dar ao luxo de discordar. Deveras, no fim do período imperial, a maioria do partido conservador não era mais do que quatro Senadores.

No Senado, decisões transcendentais foram tomadas, tais como a Abolição da Escravatura e toda uma série de leis que a antecederam. O Senado constituiu-se, então, no *forum*, onde medidas progressistas foram discutidas e aprovadas.

Acredito que, verificar os papéis cumpridos pelo Senado brasileiro e as condições que regulamentavam a investidura de seus membros, não seria suficiente para compreendê-lo como instituição. É preciso verificar, antes de tudo, em que condições reais os Senadores exerciam seu mandato, além daquelas contidas em leis, constituições ou regimentos.

Há uma diferença entre a lei e o fato.

O que seriam as eleições do século passado, de que, na realidade, só participava um grupo diminuto da sociedade brasileira? Não se constituíam em manifestações democráticas, se descermos ao plano da investigação de como ocorriam, se examinarmos as pressões não escritas, as pressões não enunciadas em códigos a que os poucos eleitores se submetiam. Isso poderia demonstrar, claramente, que o sistema de controle nas eleições, no século passado, limitava consideravelmente o exercício do direito de voto, conseqüentemente, o exercício do direito democrático da população que tinha acesso aos pleitos.

Dáí porque restaram todas as dúvidas sobre o papel do Senado no período imperial.

Eram esses os meus comentários que pretendem, apenas, servir de estímulo ao debate que, certamente, poderá complementar a contribuição do Professor David Gueiros. Ele se deteve, com muito detalhe, com muita precisão, num episódio em que o Senado teve uma participação marcante. Mas, já neste episódio, demonstrou, claramente, a intimidade que existia entre o Senado e o que nós poderíamos chamar de sistemas paralelos de decisões nacionais, no caso, ilustrados pela Igreja e por interesses econômicos e políticos de outros grupos e instituições nacionais e internacionais.

Era somente isso. Muito obrigado.

O SR. PRESIDENTE (Roberto Cardoso de Oliveira) — Volta o Sr. David Gueiros para responder.

O SR. PROF. DAVID GUEIROS — Agradeço muito as palavras do Professor Gentil Martins Dias, bem como a contribuição que ele fez explicando em detalhes a maneira como o Senado funcionava durante o Império.

Gostaria de dizer que, sobre os aspectos sociológicos, teci várias considerações em minha tese, mas não era possível sintetizar tudo no prazo de uma hora.

Aliás, creio não ter sido capaz de operar, sequer, a síntese deste pequeno episódio. Foi necessário, de fato, tecer considerações sociológicas, econômicas e outras mais para que pudesse explicar a questão.

Quanto à denominação “multinacionais”, devo esclarecer que utilizei o termo propositadamente, não apenas para impressionar o ouvinte, uma vez que se trata de assunto momentoso, mas porque as forças atuantes na questão procediam, realmente, como multinacionais. Quando se estudam os *fólios* que contêm a correspondência intitulada “América”, descobre-se que os documentos de toda a América, do Canadá à Patagônia, eram arquivados como um todo e dando nítida idéia de como as forças em toda a América estavam interligadas e funcionando, em constante comunicação umas com as outras, de como reagiam às pressões locais, bem como imaginavam que as forças antagônicas à Igreja estavam funcionando, também de maneira multinacional e internacional.

Temos a tendência de estudar nossos problemas locais como se fossem algo puramente paroquial, baseados em fatores sócio-econômicos puramente locais. A minha convicção é que nada acontece puramente por acontecer. Há outras forças maiores que estão sendo ativadas; às vezes, estamos inconscientes de que elas existem, mas existem. E, esse é, sem dúvida, um dos casos; a Igreja Católica agia não apenas diretamente Roma—Brasil, mas Brasil—Argentina, Brasil—Bolívia, Brasil—Peru, e vice-versa.

Vê-se que agiam mais ou menos como as companhias multinacionais agem hoje, razão pela qual eu utilizei essa terminologia. Havia, também, ligações maçônicas internacionais. Basta ler os catálogos maçônicos para ver que o Brasil tinha embaixadores em quase todas as lojas maçônicas do mundo e que a maioria das lojas maçônicas do mundo tinham embaixadores aqui no Brasil. Então, havia ligação, havia correspondência, havia conhecimento do que estava acontecendo de país a país, do ponto de vista maçônico. Até que ponto esta ligação era de fato coesa e rigidamente estruturada, a ponto de fazer da Maçonaria um elemento quase que tão forte quanto a Igreja Católica, é difícil dizer, porque os documentos maçônicos são tão secretos quanto os da Igreja Católica, e só tive a oportunidade de acesso aos documentos católicos quando, em 1968, o Papa Paulo VI abriu a correspondência de Pio IX.

Agradeço a sua contribuição, repito, sobre a questão do Senado, explicando o seu funcionamento. No entanto, como disse no começo,

deliberadamente, evitei voltar a essas velhas lições sobre o que era o Senado e o que não era. Isso foi feito como uma forma de protesto que, continuamente faço, à maneira de alguns historiadores nacionais se copiarem mutuamente, de repetirem o que já foi dito e voltarem a repetir e a copiar uns dos outros e nunca ir às fontes.

Reconheço que é um tanto de arrogância de minha parte, mas, absolutamente, recuso-me a escrever qualquer coisa que não seja baseada em documentos originais que, se não puder trazer uma modificação total e absoluta do que já foi dito, pelo menos propicie um **approach** pessoal. Se não for assim, não vale a pena ser reescrito. Deve-se, então, dizer ao leitor, ao ouvinte, que volte aos velhos livros e os leia. E foi isso mais ou menos o que eu disse aos Senhores presentes: voltem aos excelentes trabalhos do Professor José Honório Rodrigues, que descrevem o que era o Senado do Império.

Muito grato. (Palmas!)

O SR. PRESIDENTE (Roberto Cardoso de Oliveira) — O debate está aberto ao público presente. Quem tiver uma questão a formular, que a faça.

O SR. JOSÉ PEREIRA LIRA — Ouvida a magistral “Exposição” do Prof. David Gueiros, arguta, documentada e inédita, tivemos o prazer da palavra do eminente Professor Gentil Martins Dias que manifestou com muita propriedade e alcance sociológico as suas dúvidas e as suas restrições.

Estamos à espera da contribuição do Professor Nelson Gomes, este a caminho do nosso Plenário, em ablativo de chegada.

Como não auscultássemos no respeitável auditório, ainda, nenhum movimento no sentido de novas intervenções — depois de breve pausa — animamo-nos, com temeroso ousio, a desfrutar a honra desta tribuna, mas não para levantar quaisquer questões, relacionadas com o tema oferecido a debate.

Quanto à matéria versada, parece que está sendo enfocado, especificamente, um tema mais condensado e restrito que o enunciado. Isto é, aos ouvidos dos especialistas, e de nós outros, os leigos, cuida-se, aqui e agora, do papel do Senado Monárquico na chamada Questão Religiosa Brasileira, nos fins do século XIX.

Todos já manifestamos calorosos aplausos ao Professor David Gueiros, um dos mestres da nossa historiografia e, hoje, e aqui, merecedor de especial homenagem, por muitos e diferentes motivos.

Circunscrevendo, com felicidade, a sua densa “Exposição” a um tópico especializado, pôde o scholar arrolar fatos inteiramente inéditos — fatos e documentos — fruto de pesquisa decenal, de excepcional profundidade.

Essa pesquisa foi demoradamente analisada e, nas suas cautelosas conclusões, apresentada com autenticidade irretorquível, mediante objetividade crítica.

Foi isso tornado possível pelo feliz e inesperado acesso a fonte de consulta, das mais fechadas e indiscutivelmente verazes.

A mais rendosa contribuição resultou do conhecimento, da “correspondência” do Papa Pio IX, só recentemente posta ao alcance dos especialistas e mestres, por um gesto compreensivo de Sua Santidade o Soberano Pontífice Paulo VI.

A pesquisa do Professor Gueiros já estava praticamente realizada em outras diversas fontes, quando ocorreu o ato pontifício que trouxe confirmação, em plenitude, às colheitas realizadas em outras searas, no campo nacional, como em acervos joeirados e classificados, em centros culturais, fora do país.

A história das instituições brasileiras recebeu, assim, uma contribuição que iluminou, até, desvãos secundários de fatos religiosos e laicos, de suma importância para a faixa enfocada, como, em geral, para a diplomacia papalina.

Tudo permitiu ao cuidadoso expositor um remate conclusivo: o papel de árbitro, desempenhado pelo Senado Imperial, como instituição, no deslinde da gênese, desenvolvimento e conseqüências da Questão Religiosa, surgida no ocaso do regime monárquico. Foram diagnosticadas duas correntes senatoriais que se combateram encarniçadamente, afinal polarizadas na política conciliatória do Duque de Caxias.

A arena em que se digladiaram os contendores foi realmente o Senado do Império — que ouviu, na refrega e em plena majestade do Cenáculo, estarecido, aquela frase, faz pouco recordada: “Antes de ser brasileiro, sou católico”.

A reedição dessa blasfêmia cívica, ela irrompida de lábios senatoriais, dá bem a medida da paixão e da intolerância.

Os Anais desta Mesa-Redonda guardarão a síntese do Professor Gueiros, ressaltando: a concentração no tema; a paciência beneditina da pesquisa bem sucedida; a riqueza das fontes consultadas; a agudeza do espírito crítico; — tudo fazendo remostrear a diligência intervencionista, o espírito combativo e a intransigência dos dignitários diplomáticos do Vaticano, sediados no Rio de Janeiro, espelhados na correspondência oficial com o Sumo Pontífice, então reinante.

Por tudo isso, nada temos a inquirir nem a interpelar, no sentido de esbater dúvidas, cumprindo-nos, simplesmente, agradecer os frutos desta magnífica hora cultural.

É certo que, do debate, transpira reserva quanto ao emprego da expressão “fatores multinacionais”, aplicada, ou sugerida, quanto a certas influências externas, identificadas em correntes do liberalismo ou da Maçonaria ou da Igreja Católica.

Objeta-se que o influxo da multinacionalidade é específico do campo econômico.

Sê-lo-á?

O uso moderno da locução “companhias multinacionais” não gera, para a economia, direitos autorais.

Ademais, já o Padre Vieira mofava do valor das palavras, quando disse: “Ao mundo chamam de mundo por isso que é imundo; ao fausto tratam de fausto, pois que é infausto; e a Portugal chamam de Lusitânia porque nunca luziu nem há de luzir.”

A injustiça final não destrói o contraste dos dois primeiros exemplos.

Cada palavra é um mundo em transformação. Há que enfocá-las sincrônica, mas, sobretudo, diacronicamente. A expressão léxica é o desespero do legislador. Cada palavra devia corresponder, e exclusivamente, a uma só idéia. O contrário é o que ocorre. Palavras diversas traduzem uma mesma idéia. Uma única palavra representa idéias diversas.

Por isso é que, seiscentos anos antes de Cristo, o filósofo chinês Lao-Tseu, interrogado, afirmou que, se tivesse o poder absoluto, empregá-lo-ia em “restabelecer o sentido das palavras”.

Estas ficam erodidas pelo tempo. Veja-se o vocábulo “protestante”. No tempo de Lutero, teve um sentido. Agora, a semântica inicial está desatualizada.

Criando “modelos jurisprudenciais”, no campo federal e no estadual, Rui Barbosa introduziu, na Constituição de 1891, uma construção “estruturalista”, quando essa doutrina ainda não existia. Nem mesmo a palavra — que somente foi criada, senão divulgada, em 1930.

Se há “fatores” nacionais, ecumênicos e setoriais, estes de mais de um grupo, constituindo sistema — por que não classificá-los em nacionais, universais e multinacionais, dando-se a essa última expressão uma semântica mais extensa, ou ampliada, correspondente ao fenômeno da pluralidade de centros de influência ou pressão?

Somos, em nossa condição de leigo, dos que aceitam a expressão lexical, dada, aqui, com originalidade, a eventualidades, influxos ou estímulos, ideológicos que não somente econômicos.

Se “o Mundo é um só” quanto à solidariedade no seu destino, não resta dúvida sobre o fato de existir, tanto no econômico quanto fora desse ângulo, fatores, polarizações e determinações do Poder, embora, por vezes, variáveis e inconstantes como a rosa dos ventos.

Mundo romano e mundo bárbaro; latinos e germânicos; ocidentais e orientais; Mediterrâneo e Mar-Oceano; Velho Mundo e Novo Mundo;

Europa Continental e Europa Insular; Norte América e Sul América — todas essas dicotomias e suas subdivisões geraram ou geram influências e exportaram ou exportam ideologias e “modos de viver”.

Ninguém, no momento, ignora a formação triédrica: Ocidente — Soviets, China.

Logo: além dos impulsos internos e universais, há influências setoriais, puramente ideológicas que podem ser diagnosticadas em “nações”, imantadas por regimes semelhantes, identidades religiosas, contigüidades geográficas, aproximações étnicas, convergências ribeirinhas, vínculos diplomáticos etc., etc.

É bem antigo o problema internacional do imigrante ou do estrangeiro “sediado”. Ao pretor peregrino já se antecipavam problemas e mais problemas, no mundo romano.

Para o Brasil, trazia o imigrante, na bagagem e na consciência, a sua religião e as regras jurídicas, para compor seus direitos civis.

Aqui, encontrava uma religião oficial: enfrentar o nascimento dos filhos, o seu e o casamento deles, o seu e o enterramento dos familiares, conflitos com essa religião, sem registro civil, sem casamento civil, com cemitério sob jurisdição de autoridade religiosa, e com “juramento” e compromissos, vividos em antagonismo com religião que não era a sua.

Eis a consequência da imigração heterodoxa, em que a posição dos acatólicos importava numa verdadeira *capitis diminutio*.

País que importa braços e força de trabalho não pode ter legislação facultando-lhes sua lei nacional, a estrangeiros, sediados ou domiciliados.

Teixeira de Freitas agasalhou e prestigiou a lei domiciliar, senão sugerindo-a ou transmitindo-a a povos vizinhos. Somente em 1942, retomamos a estrada certa, no rumo domiciliar.

Ademais, nos tempos recuados, a inferiorização dos acatólicos envolvia a imigração heterodoxa, como a ortodoxa. Mais do que isso: mesmo os brasileiros, os nascidos no Brasil, se fossem acatólicos.

Felizmente, a República de Saldanha Marinho trouxe o divórcio entre o Estado e a Igreja, em condições benéficas para ambos.

Afinal, os debates parlamentares, sobre a Questão Religiosa, no Senado do Império e, agora, a liberação da correspondência com o Vaticano, revelaram muitos pontos obscuros.

Havia, nos bastidores, um lado “noruega” na Questão Religiosa, dos fins do século passado. A luz solar baixou sobre “documentos”, até aqui inéditos, mesmo indevassáveis.

Agora, o Senado Imperial revela-se na sua dialética realidade, marcando-se alguns perfis dos que, pelo bem geral, não só temeram sacrificar posições, como as sacrificaram.

Bem haja o Professor David Gueiros pelo serviço que prestou, na sua afanosa e bem sucedida pesquisa, reveladora.

Muito obrigado pela atenção. (*Palmas prolongadas.*)

O SR. PROF. DAVID GUEIROS — Agradeço ao Professor Pereira Lira a sua grande consideração pela minha pessoa e pelo meu trabalho.

Gostaria de dizer que, na verdade, cultivo a história como um jardineiro cultiva o seu jardim, com todo o amor, plantando suas acácias, delas sou conhecido e as amo muito, de maneira que a minha posição face à história é semelhante à sua.

A SRA. PROF^a ROSINETTE MONTEIRO SOARES — Que forças sociais, econômicas e políticas estavam no debate religioso e até que ponto as Casas do Congresso eram representativas do interesse do povo em si ou debatiam em torno de grupos?

O SR. PRESIDENTE (*Roberto Cardoso de Oliveira*) — Gostaria de esclarecer que temos um tempo limitado e darei a palavra ao segundo debatedor, o Professor Nelson Gomes. Deixaremos para a resposta final do Professor Gueiros a pergunta que a Senhora acaba de formular, em adendo ao comentário do Professor Gentil.

O SR. NELSON GOMES — Quero apenas esclarecer que a minha pergunta vai exatamente na direção desta questão, de sorte que é melhor que eu a faça de maneira que o Professor possa dar uma só resposta.

O seu trabalho mostra um aspecto curioso da história imperial, na medida em que relaciona importantes nomes da elite brasileira de então, com um movimento anticatólico que cresceu, no Brasil, na segunda metade do século XIX e que culminaria, já na República, com a separação entre a Igreja e o Estado e a adoção do casamento civil.

O Senhor chama, quer as principais forças católicas, quer as forças anticatólicas, que influenciaram na luta através da manipulação deste ou daquele político de “multinacionais” e tal denominação, seguramente, não deixa de ter, também, algo de seu sabor atual. Com efeito, como bem o demonstrou, as reformas, então propostas, de legislação religiosa diziam diretamente respeito ao imigrante, vindo que era, então, predominantemente de regiões protestantes. Em outras palavras, à imensa maioria do povo brasileiro pouco importava, por exemplo, o casamento civil e o direito de se construir Igrejas Protestantes com forma exterior de templo, uma vez que a população não católica da época tinha escassa significação numérica.

Parece certo que o movimento anticatólico foi de uma certa elite, diga-se de passagem, de cepa portuguesa e católica, interessada em alterar alguns aspectos da ordem de coisas então reinante.

Sem dúvida, seria fácil falar da influência de idéias estrangeiras, sobretudo anglo-saxônicas, no que diz respeito ao liberalismo político e econômico, assim como francesas, no que diz respeito ao positivismo, idéias estas preconizadas por fortes setores da inteligência nacional de então. Todas elas, porém, estavam, entre nós, ligadas de forma bastante direta a determinados esquemas sócio-econômicos, uma vez que, sabidamente, o trabalho do imigrante europeu implicou num tipo de propriedade e de produção diferentes dos tradicionais escravagistas. Isto nos faz suspeitar que talvez não tenha sido somente a força dos argumentos desenvolvidos pelos grandes filósofos ingleses da época, que teriam levado uma parcela tão significativa de representantes de ilustres famílias a, subitamente, interessar-se pelos direitos civis do imigrante alemão e protestante.

Não haveria interesses mais complexos envolvidos na questão? Em outras palavras, quais seriam os motivos sócio-econômicos e políticos que teriam levado os Barões do Bom Retiro, de Vila Franca, o Visconde de Souza Franco, Nabuco de Araújo e vários outros a defender tão acirradamente os interesses de um grupo populacional fortemente minoritário e mesmo eleitoralmente desinteressante, a começar pelo fato de ter sido vitalício o cargo de Senador do Império?

O SR. PROF. DAVID GUEIROS — Professor Nelson Gomes, muito agradecido pelas suas palavras. Responderia a sua pergunta da seguinte maneira:

Para começar, o Sr. fala que a influência conservadora possivelmente era de cepa portuguesa. Perdoe-me, não era. Estava mais ligada às escolas conservadoras francesas e italianas que propriamente a Portugal. Ao contrário, o imigrante português do século XIX era um liberal, estava fugindo das guerras miquelinas, de D. Maria I e de outros tiranos portugueses. Eram indivíduos, em geral, maçons, extremamente bem educados. Foram os portugueses os primeiros a estabelecer bibliotecas públicas no Brasil, os chamados Gabinetes Portugueses de Leitura, no Rio, no Recife, São Paulo e vários outros lugares e, curiosamente, quando chegaram aqui, os agentes das sociedades bíblicas, que funcionavam não só no Brasil, mas em toda a América e na Europa também, veio com eles um grande número de portugueses calvinistas.

Em 1848, cinco mil portugueses foram expulsos da Ilha da Madeira, calvinistas que eram, perseguidos, foram para os Estados Unidos e lá muitos foram contratados pela Sociedade Bíblica Americana para vir para o Brasil. De maneira que, cada vez que se prendia um vendedor de Bíblia, ele era português; cada vez que se falava num maçom, ele era português. E, no Pará, isso se comprova facilmente: os portugueses de lá eram não conservadores, muito ao contrário, eram liberais. Recebemos a nata de Portugal e do liberalismo português, no século XIX.

Quanto a outra pergunta: que forças existiam?

Esse ponto é, de fato, um tanto complexo. Poderíamos partir do pressuposto que as classes latifundiárias, representadas, no Senado, pelos Barões do Império, estariam interessadas, como sempre se falou, na imigração, porque trazia para o país uma espécie de semi-escravo, que era o imigrante alemão. Especificamente, refiro-me ao campesino alemão que, acostumado com a autoridade, se curvava perante todo mundo, aceitava tudo que se lhe impunha. E, de certo modo, o imigrante alemão, em geral, era desse tipo. Tanto assim que o rescrito de Heydt, de 1859, foi promulgado exatamente para sanar essa atuação. O Governo de um dos Estados Alemães proibiu qualquer súdito seu vir para o Brasil. Em 1870, Bismark estabeleceu que essa lei, chamada de Heydt, era extensiva a toda a Alemanha, proibindo qualquer alemão de vir para o Brasil. A mesma só foi levantada depois, na década de 1890.

De modo que não duvido que esses barões quisessem, de fato, semi-escravos, na pessoa dos imigrantes. No entanto, do outro lado, onde os interesses dos latifundiários coincidiam com os interesses da nova burguesia, se podemos chamar assim àqueles que tinham aspiração à burguesia, aspiração a industriais, tais como os Tavares Bastos, os Furquins de Almeida e outros mais ligados a interesses industriais e comerciais. Estes buscavam não a imigração ignorante, mas a imigração educada. Desejavam o *know how* dos imigrantes e eram chamados "sectários dos melhoramentos repentinos". Então, neste momento, as duas classes estão juntas, lutando pela mesma meta, embora uns quisessem imigrantes ignorantes; outros inteligentes; ambos batiam-se pelos direitos dos imigrantes, ficando, então — talvez eu esteja enganado, advirto, pelo fato de não ter um mais profundo conhecimento de Sociologia — os campos divididos em linhas teológicas, em linhas religiosas, mais do que, de fato, por questões puramente sociais.

Naquele momento da luta acirrada, sem dúvida, as condições econômicas do Império eram as mais negativas: o Brasil tinha passado por uma guerra terrível, na qual a economia do Império tinha se esfacelado totalmente. Os problemas econômicos eram muito sérios. Mas essa luta não era de 1872, quando Dom Vital mandou que os párocos fechassem as igrejas às irmandades. Essa luta já vinha de muito antes, vinha da década de 1850, década áurea da economia do Império. Foi nesse período quando realmente começou essa luta: no momento em que o Brasil estava no auge, aliás, diga-se de passagem, no momento em que o inglês, finalmente, colocou a esquadra nas costas brasileiras e não mais permitiu o tráfico escravagista. Em consequência disso, faltavam os braços para trabalhar na agricultura, especialmente na do Sul.

Foi então quando se começou a buscar, a gritar pelo imigrante. Enviaram-se agentes à Alemanha, mentindo ao povo, falando que havia ouro nas ruas do Brasil e trazendo os imigrantes a ferro e a fogo, muitos para virem aqui morrer à míngua, à falta de cuidados e de enfermidades para eles exóticas.

Então, houve grande interesse no período áureo, no período das vacas gordas e também no das vacas magras.

De maneira que, para mim, que não sou sociólogo, torna-se extremamente difícil, vendo essas contradições, chegar a uma conclusão.

Francamente, pondo de lado a verdadeira sociologia, poderia pressupor, de um ponto de vista marxista, uma série de colocações. Entretanto, não sou marxista. Vejo fatos históricos tremendamente contraditórios, se partirmos de uma ótica marxista: a classe latifundiária nesta questão estava unida à classe burguesa, por razões diferentes, obviamente, mas, de qualquer maneira, unida. De um lado, alguns conservadores estavam ligados aos interesses da Igreja. Outros estavam ligados à Maçonaria, ao liberalismo — nesse caso, puramente intelectual, no sentido americano, do termo “liberalismo”, de idéias amplas, defendendo o casamento civil, os cemitérios públicos, o registro civil e todas as outras medidas que dariam ao Brasil condições de atrair imigrantes acatólicos. Liberais, como Tavares Bastos e outros, colocaram-se totalmente em defesa do imigrante. Outros “liberais”, como Zacarias de Góes, que não era de fato um liberal, mas um conservador que desertara do partido, em favor dos liberais, que autodesignavam de “radicais”, eram **totalmente contra** a imigração heterodoxa. Então, há contradições muito fortes, que não podem ser explicadas por fórmulas pré-fabricadas.

De que maneira responderíamos às perguntas igualmente formuladas pelos meus colegas Professores Gentil, Nelson, bem como pela Sra. na audiência? Francamente, havia forças econômico-sociais e essas temos reconhecido. No entanto, há, também, um outro aspecto que não deve ser esquecido, ou seja: nós, do século XX, irreligiosos, totalmente desleixados na nossa religião, nos nossos compromissos com o Eterno, não mais compreendemos o que era ser religioso, verdadeiramente religioso, totalmente absorto dentro da religião. Apenas o homem do século XIX, e nos anteriores a este, que vivia a sua religião, tão profunda e intimamente, poderia compreender qual a razão por que ele podia se sentir tão insultado se colocassem, no cemitério, um herege ao lado do corpo de um parente seu.

Ao mesmo tempo em que estávamos vivendo esse problema no Brasil, lê-se nas cartas de Roma — uma carta do Núncio em Lima, no Peru, na qual orgulhosamente relata ao Cardeal Antonelli como ele, pessoalmente, fora à porta do cemitério, com bispos, cônegos, párocos e outros mais e deram-se os braços para não permitir a entrada de um cadáver de um inglês herege que havia morrido e que o Presidente da República ordenara fosse enterrado naquele cemitério. Foi necessário que o Governo mandasse tropas para remover o Núncio, os bispos e os outros religiosos daquele cemitério. Isso é algo que hoje é impossível compreender, mas que os do século XIX, vivendo a sua religião intimamente, compreendiam. Por essa razão, tratei apenas das forças econômicas e sociais. E a força religiosa? É ela apenas mais uma manifestação das forças econômico-sociais? Pessoalmente, estou convencido de que não; de que a força religiosa é algo que existe, afetada, às vezes, pelas forças econômico-sociais, mas que é um fenômeno independente. Aquele indivíduo do século XIX, que era religioso do momento em que nascia ao que morria, a nós falta-nos ótica para compreendê-lo porque não mais somos religiosos, não mais acreditamos em Deus; não mais acreditamos em coisa alguma. (Palmas.)

O SR. PRESIDENTE (Roberto Cardoso de Oliveira) — Está em discussão.

O SR. NAPOLEÃO DE CARVALHO — Professor Gueiros, eu serei muito breve, mas me permita uma confissão, eu estou em festa com a minha consciência porque sou um profundo admirador dos Gueiros e temos, aqui, um outro representante, e hoje a sua exposição fez apenas aumentar essa admiração muito profunda.

Escrevi a pergunta, para ser breve:

Sabemos que as multinacionais, na atualidade — permita-me a redundância — contemporânea, apenas para enfatizar, representam superorganismos que, segundo estudiosos, chegam mesmo a ameaçar a própria soberania das nações em que esses organismos atuam. Analogicamente, seria intenção do ilustre expositor, ao epitetar a Maçonaria e a Igreja de forças multinacionais em, sutilmente, querer demonstrar que essas forças estavam, à época e como tema, albergadas no Senado do Império, ameaçando a nossa soberania?

O SR. PROF. DAVID GUEIROS — De certo modo, talvez houvesse certa intenção de minha parte, de fato, de fazer uma analogia. É preciso reconhecer que as forças alienígenas sempre atuaram no Brasil, bem como nas outras nações. Sempre atuaram não só nas nações americanas, mas também na Europa, África e Ásia. Essas forças alienígenas existem e cada nação tem que saber como lidar com elas. De outro lado, é preciso também reconhecer que, hoje, estamos ainda lidando com a questão religiosa. Esta, também, tem seus parâmetros “multinacionais”, se bem que estejamos falando agora das multinacionais hodiernas.

De maneira que, uma vez mencionadas as multinacionais de hoje, poderíamos trazer à baila exatamente isto: são forças que existem com as quais todas as nações têm que viver e sempre tiveram que viver. Portanto, seria interessante tomar uma posição em relação aos problemas de hoje, com a cabeça mais fria, menos “testa calda”. Estes levam-nos à situação de Dom Vital e àquele problema de 1870. É preciso olhar com lógica, friamente e dizer: temos que viver com essas forças, como vamos controlá-las para o nosso benefício? (Muito bem! Palmas.)

O SR. PRESIDENTE (Roberto Cardoso de Oliveira) — Dado o adiantado da hora, se a Mesa permitir, encerro a sessão de hoje, mas não sem antes deixar de comunicar que amanhã nós teremos outra sessão em que falará o Professor José Carlos Brandi Aleixo, sobre Democracia Representativa e teremos como debatedores Carlos Henrique Cardim e Regina Lúcia de Moraes Morel, Professores desta Universidade.

Gostaria de agradecer a participação do Conferencista, dos Debatedores e estender, também, os agradecimentos ao público que compareceu. Muito obrigado.

Está encerrada a sessão.

(Levanta-se a sessão às 11 horas e 50 minutos.)

Democracia representativa

Prof. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO



Professor José Carlos Brandi Aleixo

- I — Abertura da sessão
Presidência — Prof. David Gueiros Vieira
- II — Conferência do Prof. José Carlos Brandi Aleixo
- III — Debates
Debatedores — Profs. Carlos Henrique Cardim e Regina Lúcia de Moraes Morel.

I — ABERTURA DA SESSÃO

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Senhoras e Senhores, o Deputado Flávio Marcello não pôde comparecer a fim de presidir a Mesa, de modo que fomos solicitados, agora mesmo, a assumir a Presidência. Portanto, tenho o prazer de apresentar-lhes o conferencista de hoje, o Professor

Doutor Padre José Carlos Brandi Aleixo, e os dois debatedores: o Diplomata Carlos Henrique Cardim e a Prof.^a Regina Lúcia de Moraes Morel.

· Com a palavra, o conferencista.

II — CONFERÊNCIA DO PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO

A Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948, em seu art. 5º, proclama que “a solidariedade dos Estados americanos e os altos fins a que ela visa requerem a organização política dos mesmos, com base no exercício efetivo da democracia representativa”.

No Protocolo de Buenos Aires, de 1967, estas mesmas palavras aparecem no art. 3º, como um dos principais critérios e objetivos do sistema interamericano.

A resolução intitulada: “O Fortalecimento e o Exercício Efetivo da Democracia”, da 1.^a Conferência Interamericana, de 1954, declarou que a solidariedade das repúblicas americanas requer o exercício efetivo da democracia representativa, justiça social e respeito pela observância dos direitos e deveres do homem. A mesma Conferência reiterou a fé dos povos da América no exercício efetivo da democracia como o melhor meio de promover seu progresso político e social. (1)

Na reunião realizada em Santiago do Chile, com respeito à Declaração da 5.^a Reunião de Consulta da Organização dos Estados Americanos, em 1959, encontramos: “A perpetuação no poder ou o exercício deste sem prazo determinado e com manifesto propósito de perpetuação são incompatíveis com o exercício efetivo da democracia.”

Em Punta del Este, em 1962, a 8.^a Reunião de Consulta escreveu: “Um regime democrático pode abranger todos os esforços para o progresso econômico e todas as medidas para o aperfeiçoamento do progresso social, sem sacrifício dos valores fundamentais do ser humano.” (2)

O art. 152 da Constituição do Brasil assim reza: “A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: regime representativo e democrático, baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.” Os programas das agremiações políticas existentes, ou em formação no País, consideram como objetivo fundamental a implementação da democracia representativa.

Mas, qual o significado e o alcance das palavras democracia e democracia representativa? As palavras têm também a sua história. Se o termo democracia, hoje, goza de um respeito quase universal, já conheceu em outras épocas conotação desfavorável.

(1) FENWICK, CHARLES. *A Organização dos Estados Americanos* — Rio de Janeiro, 1965. Edições GRD, págs. 287-293.

(2) ACTAS Y DOCUMENTOS — UNION PANAMERICANA — Washington, DC, 1963, pág. 295.

É muito conhecida a famosa classificação sêxtupla, de Aristóteles, baseada na conjugação de critérios empíricos e normativos. O Estagirita fala de governos de um, de poucos e de muitos, quer no interesse próprio, quer no interesse da comunidade. A palavra democracia foi usada por ele muitas vezes para designar o governo das maiorias em benefício próprio. Isto ocorreria quando os muitos governantes privassem as minorias governadas de seus legítimos direitos. Para designar o governo das maiorias, em benefício de todos, era usado o termo grego "Politéia". Estavam em questão, evidentemente, as chamadas cidades-estados. Em razão das suas diminutas proporções demográficas e geográficas comportavam a reunião dos cidadãos em praças públicas, como a famosa **Ágora**, de Atenas.

São inúmeros os estudos dedicados exclusiva ou parcialmente à Democracia. São exemplos o discurso de Péricles na guerra do Peloponeso; **A Democracia na América**, de Alexis de Tocqueville; **Teoria Democrática**, de Giovanni Sartori; **Capitalismo, Socialismo e Democracia** de Joseph A. Schumpeter; **Democracia**, de Marcel Prelot; **Introdução à Vida Política**, de Yves Calvez; **A Preface To Democratic Theory**, de Robert Dahl. Em seu outro livro, "A Moderna Análise Política", abordando o tema, o mesmo autor norte-americano distingue cuidadosamente sistemas políticos e sistemas econômicos. "Historicamente, os termos "democracia" e "ditadura", em geral, têm sido aplicados a sistemas políticos. Ao passo que "capitalismo" e "socialismo" têm se referido a instituições econômicas." E continua o renomado autor: "Democracia é o sistema político em que a oportunidade de participação e de decisão é amplamente partilhada por todos os cidadãos. Ditadura é o sistema político em que a oportunidade de participação em decisões é restrita a uns poucos. Capitalismo é o sistema econômico em que a maior parte das atividades econômicas é realizada por firmas de propriedade e controle particular. Socialismo é o sistema econômico em que a maior parte das atividades econômicas é realizada por órgãos de propriedade e controle governamental." (3) Observa, ainda, o autor que, de fato, muitos sistemas políticos não são nem totalmente democráticos nem totalmente ditatoriais. Semelhantemente, muitos sistemas econômicos não são nem totalmente capitalistas nem totalmente socialistas. Em princípio, diz ele, são possíveis quatro combinações: democracia e capitalismo; democracia e socialismo; ditadura e capitalismo; ditadura e socialismo. A existência ou não de cada combinação só poderia ser determinada pelo estudo empírico de sistemas políticos e econômicos concretos.

Geralmente, os estudiosos falam em uma dicotomia: regime democrático, de um lado, e regime totalitário, do outro. Cabe registrar aqui, de modo particular, o trabalho do conhecido cientista político Juan Lins sobre a matéria. Advoga ele a divisão tripartida: Democracia, Totalitarismo e Autoritarismo. É conhecido o seu estudo publicado em 1964 — "An Authoritarian Regime: Spain". Em 1975, na Conferência sobre História e Ciências Sociais, realizada em Campinas, apresentou trabalho sobre o mesmo tema. Descreve ele os regimes autoritários como "sistemas políticos com limitado, não responsável, político pluralismo, sem ideologia elaborada e orientadora, mas

(3) DAHL, ROBERT. *Moderna Análise Política*. Rio de Janeiro. Lídador. 1966, pág. 22.

com mentalidade distinta, sem mobilização extensiva, nem intensiva, exceto em alguns estágios de seu desenvolvimento. Nestes sistemas, um líder, ou, ocasionalmente um pequeno grupo, exercita o poder dentro de limites formalmente mal definidos, mas, de fato, bem previsíveis”.

Escreve o mesmo autor: “Consideramos um governo democrático se oferece oportunidades constitucionais regulares, de competição pacífica pelo poder político (e não apenas uma parcela dele) a grupos diferentes, sem excluir qualquer setor significativo da população pela força.” Concordando com Kornhauser, diz Juan Lins: “A ditadura totalitária envolve dominação total, não limitada, nem pelas leis aceitas, ou códigos, nem mesmo pelas fronteiras de funções governamentais, uma vez que se oblitera a distinção entre Estado e sociedade. O Totalitarismo é limitado apenas pela necessidade de manter grandes parcelas da população em um estado de constante atividade, controlada pela elite.

Elementos Básicos da Democracia

Participação do povo e sufrágio universal

Não existe a democracia sem a participação do povo. Democracia é, pois, etimologicamente, governo do povo. Mas nem todos os autores e políticos através dos séculos preconizam esta participação.

No estudo da teoria política, encontramos com freqüência a questão: Deve ou não o povo participar das decisões públicas? Embora sejam muitas as respostas para esse difícil problema, podemos falar em duas tendências básicas: de um lado, estão aqueles que desejam reservar, para as assim chamadas elites, o monopólio, ou quase monopólio, das deliberações. Estes, enfatizam a complexidade dos temas e a necessidade de preparo específico para as suas soluções. De outro lado, encontramos os defensores da ampla participação do povo em geral no debate e no processo decisório. Através da história, o elitismo encontrou advogados, em diferentes graus e maneiras, em Platão, em numerosos absolutistas, em muitos positivistas e tecnocratas.

Aristóteles, (4) no Capítulo 11 do Livro III de sua obra *Política*, discute a conveniência ou não de consultar o povo sobre a conduta dos magistrados.

Para Platão, e muitos outros, o julgamento deve ser obra de especialistas. Ao médico, cabe analisar a conduta de seus colegas. Semelhantemente, o planejamento e a construção de casas cabem a arquitetos e engenheiros. Os entendidos em geometria devem eleger os geômetras. Assim, ao povo não especializado não caberia escolher ou examinar os seus governantes. As ponderações de Aristóteles são em sentido contrário. Os que vão habitar uma residência, mesmo não sendo engenheiros ou arquitetos, têm condições de opinar sobre ela. Na verdade, através da história, muitas fábricas, escolas e edifícios públicos teriam melhores resultados se fossem ouvidos os seus futuros moradores. Como as leis e as ações dos governantes afetam a todos

(4) Excelente estudo da obra de Aristóteles é o de Ernest Barker, *The Politics of Aristotle* — Oxford University Press — 1962.

os cidadãos, eles devem, com toda a propriedade, opinar sobre elas e participar da eleição dos que as elaboram e executam.

O distanciamento entre os governantes e os governados pode causar — e muitas vezes na história tem causado — conseqüências graves para os Estados. Encontramos na história do México exemplo elucidativo. Nesse país durante muitos anos o poder esteve nas mãos de um grupo conhecido como “Los Científicos”. Donald Dozer, em seu livro “América Latina, uma perspectiva histórica”, apresenta-nos um retrato de suas idéias e ações. “Transformaram o liberalismo mexicano em movimento puramente técnico, erigindo o progresso científico, em substituto na prática, da Constituição liberal de 1857. Para eles, o povo mexicano não estava preparado para esta Magna Carta. Os direitos do homem, pelos quais pugnavam os seguidores de Benito Juarez, não passavam de quimeras. O povo, declaravam “Los Científicos”, só pode ser considerado como uma multidão de doidos ou de crianças. Sob o lema “Ciência e Tecnologia”, entregava-se o poder aos técnicos e aos cientistas, os tecnocratas do século XIX. (5) Defendendo uma tirania honesta, apregoavam: “Muita administração e pouca política.” Os resultados dos quarenta anos do Porfiriato são notórios. Ao lado de algum progresso material acumularam-se as injustiças sociais. Houve concentração de terras e rendas. Excessivas vantagens foram concedidas ao capital estrangeiro. Ao findar o século XIX, o sistema federal estava reduzido a pouco mais que uma ficção. Tudo isto contribuiu para que ocorresse no México uma das revoluções mais sangrentas da História do Hemisfério Ocidental.

Provavelmente, o país teria evitado este drama se os princípios da Constituição liberal de 1857 tivessem sido respeitados. No velho mundo, Hitler, Mussolini e muitos outros, impugnaram o valor das eleições e do sufrágio universal. Não confiavam na sabedoria do povo e na sua capacidade de participar frutuosamente no processo político. Adolf Hitler, na sua autobiografia, afirma: “A massa é instintivamente hostil a todo gênio eminente. Tem-se maior possibilidade de ver um camelo passar pelo furo de uma agulha que descobrir um grande homem por meio de uma eleição.” Para ele, a regra de “decisão da maioria” suprime toda a noção de responsabilidade e contraria “o princípio aristocrático da natureza.” (6)

“Il Duce” italiano por sua vez declara-se “contra a democracia que iguala o povo ao maior número, rebaixando-o ao nível da maioria”. Segundo ele, “o fascismo abre brechas em todo o complexo de ideologias democráticas e as rejeita, seja em suas premissas teóricas, seja nas suas aplicações ou instrumentações práticas. O fascismo nega que o número, pelo simples fato de ser número, possa dirigir as sociedades humanas. Nega que este número possa governar através de uma consulta periódica. Afirma a desigualdade irremediável e benéfica dos homens, que não podem ser nivelados por meio de um fato mecânico e extrínseco qual seja o sufrágio universal”. (7)

(5) *América Latina. Uma perspectiva histórica.* Porto Alegre. Editora Globo. 1966, pág. 408.

(6) CHEVALIER, JEAN JACQUES. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias.* Rio de Janeiro. AGIR. 1957. Págs. 328-329.

(7) Ver verbete. *Fascismo. Enciclopédia Italiana.* Instituto Della Enciclopédia Italiana. Fondata da Giovanni Treccani — 1932 — 1940, págs. 847-851.

Como Mussolini, muitos consideram uma injustiça atribuir voto igual a pessoas diferentes, sob muitos aspectos. Contudo, muitas são as razões em favor do sufrágio universal igual. Com freqüência, encontramos excessivas desigualdades entre os homens. Atribuir peso desigual ao voto, dificilmente, seria um meio de corrigir essas distâncias entre os cidadãos. Acresce que, os mais instruídos, os de mais posses, já dispõem de mais recursos para defender seus interesses. Por outro lado, dificilmente se poderia provar que o voto é mais utilizado com sabedoria, na medida em que crescem os cabedais do eleitor. Muitos se valem de suas riquezas, de sua maior instrução, não para promover o bem comum, mas sim, para defender seus interesses particulares.

Em 1848, a França adotou o sufrágio universal masculino. O número de eleitores passou de 200 mil para 9 milhões. O sufrágio universal exerceu papel importante na melhoria das condições de vida de populações mais carentes. Antes dele, com freqüência, os candidatos descuidavam os problemas da maioria e concentravam suas atenções na captação dos votos de pequeno colégio eleitoral.

O art. 21, parágrafo 3º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assim reza: "A vontade do povo será a base da autoridade do governo. Esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas por sufrágio universal."

Divisão de Poderes

Tema relacionado com a participação do povo e básico para a conceituação de democracia é o da divisão de poderes. Durante séculos, os reis procuravam concentrar em suas mãos todos os poderes. Era o absolutismo. Como sugere a origem latina do termo, os monarcas governavam livres de leis que limitassem suas funções. Não eram responsáveis perante os governados. Para justificar suas ações, podiam dizer: "Car telle est notre plaisir." Ouvia-se, com freqüência, o princípio: "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei" ("Quod principi placuit, legis habet vigorem"). Arrogavam-se o direito divino de governar seus povos. Esta, ainda foi no século XIX uma reivindicação dos monarcas componentes da Santa Aliança. Rejeitavam eles a autodeterminação dos povos e o princípio de que todo poder emana do povo e por ele é exercido. Princípio este já defendido no século XVI pelo eminente internacionalista Francisco Suarez: "Todo poder vem de Deus, mas através do povo" ("Omnis potestas a Deo per populum").

Este problema afetou mesmo o processo de reconhecimento de nossa independência. Diz José Honório Rodrigues, a propósito: "As negociações pelo reconhecimento de nossa independência foram longas e laboriosas, pois agora se tratava de um movimento revolucionário como as demais colônias sul-americanas e as potências da Santa Aliança pretendiam estabelecer o princípio da legitimidade do poder real, que a Revolução Francesa e Napoleão haviam amesquinhado. O reconhecimento foi duro e difícil, especialmente porque D. Pedro se proclamava Imperador pela unânime aclamação dos povos, indo buscar a legitimidade do poder não no direito hereditário, mas sim, no sufrágio popular, ferindo, deste modo, os princípios da Santa

Aliança.” (8) Tudo isso provocou a conhecida reação do Liberalismo e dos movimentos constitucionalistas. Preconizou-se a separação dos poderes; estabeleceu-se um sistema de pesos e contrapesos; criou-se uma divisão, mas também uma interpenetração dos poderes.

Muito se tem escrito sobre o crescente fortalecimento do Poder Executivo nos tempos modernos. A história ensina-nos, contudo, que não é estático, ou totalmente irreversível, o relacionamento entre os poderes. No caso dos Estados Unidos, houve importantes variações, predominando ora o Legislativo ora o Executivo. O Congresso foi particularmente forte nas primeiras décadas e, após a guerra civil, quando quase destituiu do cargo o Presidente Andrew Johnson. A Casa Branca tornou-se mais poderosa com a ascensão do Presidente Andrew Jackson em 1828. Os governos de Lincoln (War Powers) e de Franklin Delano Roosevelt. Recentemente, os episódios de Watergate, culminando com a renúncia do Presidente Richard Nixon, mostram que o uso duvidoso, ou mesmo o abuso do Poder Executivo, contribui para o seu natural enfraquecimento.

Quem lesse certas literaturas da década de 30, poderia crer que a quase onipotência do Executivo era imperativo do progresso político.

Mesmo no Brasil, falou-se muito do mito do sufrágio universal. Ridicularizou-se a democracia de Partidos; acreditou-se em uma técnica do Estado Totalitário a serviço da democracia; apregoaram-se os vícios do Parlamento.

Eminente jurista do Estado Novo investiu contra “o inocente e imponderável voto secreto”. Viu no sistema de Partidos a agitação de “antagonismos violentos” e “oposições de interesses transitórios”. Pleiteou sua substituição pela “política e Partidos das relações práticas e eficazes”. Investiu contra os Parlamentos, pleiteando a iniciativa e o monopólio da legislação, pelo Poder Executivo. E assinalando a imprensa e os sindicatos, como substitutos do Parlamento, escreveu o mesmo jurista e ex-Ministro de Estado: “A administração tende, portanto, a monopolizar, em suas mãos, o trabalho legislativo com grandes vantagens para a sua simplicidade e regularidade.” Contrapôs as “ginásticas eleitorais de sistemas partidários vigentes à competência técnica, para cuja apuração, falta aos comícios eleitorais a necessária idoneidade”. (9) No entanto, aqueles regimes implantados no Novo Mundo e na Europa, nos anos 30, não resistiram sequer a duas décadas e deixaram, atrás de si, amargas recordações.

Ainda temos muito o que aprender no famoso livro 11, da obra clássica de Montesquieu — “O Espírito das Leis”. Democracia exige a manutenção do sistema de pesos e contrapesos. Se não aceitamos, hoje, aquele princípio: “O Governo que governa menos, governa melhor”, julgamos válida, para os nossos tempos, a advertência do conhecido liberal inglês Lord Acton: “Todo poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente.”

(8) *Interesse Nacional e Política Externa*. Rio. Civilização Brasileira — 1966, pág. 11.

(9) MEDEIROS, JARBAS. “Introdução ao Estudo do Pensamento Político Autoritário Brasileiro”. 1914 — 1945. *Revista de Ciência Política* — Rio, vol. 17, n.º 1. Jan./Mar. 1974, págs. 72, 73 e 74.

Em uma democracia, não pode haver submissão ou subserviência de um poder a outro. As ampliações das funções de um poder dependem muito do grau de sabedoria com que ele é usado. A existência e comprovação de abusos em uma sociedade aberta faz com que a opinião pública peça, ou aprove, limitações do poder culpado e veja com beneplácito o fortalecimento dos outros. Isto pode até influenciar uma mudança de presidencialismo em parlamentarismo, e vice-versa.

O art. 6º da nossa Constituição diz: "São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Direitos Humanos e Estado de Direito

A democracia se baseia no primado da pessoa humana e na defesa dos direitos humanos. A pessoa humana é o elemento fundamental da idéia democrática. Não pode haver democracia verdadeira se a pessoa humana não for respeitada. Ela é o ingrediente indispensável do povo, considerado não como simples massa, à qual se atribuem determinadas prerrogativas, mas como sujeito consciente e responsável pelas suas ações e decisões. No seu sentido teleológico, democracia é governo para o povo. Não basta a simples acumulação de bens e serviços, nem o mero aumento da produção de recursos. O desenvolvimento só é verdadeiro quando orientado para a satisfação das necessidades e aspirações da comunidade. Deve haver sistema de direitos e garantias da pessoa humana.

São numerosos os documentos que proclamam os Direitos do Homem. São exemplos o "Bill of rights" incorporado à Constituição dos Estados Unidos de 1789, as Declarações da Revolução Francesa, da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos. Merece também especial relevo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos conhecida como "Pacto de San José de Costa Rica", de novembro de 1969. Estes direitos costumam estar mencionados em Constituições contemporâneas. No caso do Brasil encontram-se no capítulo IV do título II da Carta Magna de 1967. Entre os muitos autores estudiosos destas questões vale lembrar Jacques Maritain. São bem conhecidos seus livros *Os Direitos do Homem e A Lei Natural* e *O Homem e o Estado*.

Democracia exige Estado de Direito. O Estado de Direito surge da necessidade de limitar o Poder. É uma reação ao Estado absolutista. Sendo a institucionalização racional do exercício do Poder, o Estado de Direito deve suceder, necessariamente, ao governo de fato que se institui após situações excepcionais, como por exemplo as revolucionárias. Vale lembrar aqui o pensamento do Senador Milton Campos: "Cumpra distinguir entre a revolução e o seu processo. A revolução há de ser permanente como idéia e inspiração, para que, com a colaboração do tempo, invocada pacientemente, possa produzir seus frutos, que se caracterizam principalmente pela mudança consentida das estruturas e da mentalidade dominante, seja no povo seja nas elites. O processo revolucionário há de ser transitório e breve, porque sua duração tende à consagração do arbítrio, que elimina o direito, intran-

qüiliza os cidadãos e paralisa a evolução do meio social. O que urge institucionalizar, portanto, é a revolução e não o seu processo.”

Será dever primordial do Estado estabelecer e assegurar o império do Direito, através de ordenamentos políticos que obriguem, não só aos governados, mas, igualmente, aos agentes investidos de autoridade pública.

Um sistema democrático de governo exige estrutura jurídica capaz de promover a responsabilização de todos quantos, detentores de uma parcela de poder, dela se utilizem para fins pessoais, incompatíveis com o interesse público ou com os objetivos nacionais.

Esta responsabilização deve ser efetivada, seja qual for o grau hierárquico do infrator do ordenamento jurídico e seja qual for o órgão público ao qual pertencer o violador da norma protetora do bem público tutelado. De outro lado existe, evidentemente, a responsabilidade dos governados perante o organismo social.

Pluralismo

A democracia se baseia no pluralismo. Entre o cidadão e o Estado há uma série de formas sociais que constituem o desenvolvimento normal do instinto de sociabilidade. A democracia admite a opção de idéias distintas e contraditórias para que o corpo social se pronuncie a respeito. A busca da verdade supõe a confrontação de diferentes pontos de vista. Problema antigo e complexo é saber até onde deve haver tolerância para os intolerantes. Parece-me justo colocar, entre as principais reflexões sobre o tema, a magistral conferência de Milton Campos intitulada: “Em louvor da tolerância”, publicada na “Revista Brasileira de Estudos Políticos”, em janeiro de 1967. Observa ele que a radicalização, inimiga mortal da tolerância, não costuma estar nas idéias em si mesmas, senão no modo como se apresentam e no processo pelo qual procuram estabelecer. A democracia fundamenta-se, também, no pluralismo social. Reconhece-se a existência de grupos sociais que não dimanam da aceitação graciosa do Estado. Assim, os Municípios, os Estados, a família, as organizações sindicais e profissionais, as comunidades religiosas e os Partidos políticos.

Governo da Maioria

Democracia é o governo da maioria. Em regime democrático, todos os cidadãos têm direito de participar do processo político. Prevalece a vontade da maioria. Contudo, deve haver respeito aos direitos fundamentais das minorias, inclusive o direito de discordar. Vale lembrar que, com frequência, os que defendem minoritariamente hoje um programa, poderão ser, amanhã, maioria. Isto ocorre com frequência na história dos Partidos políticos. Lembremos o caso da Inglaterra: no século XIX, quem estava no poder eram os conservadores e os liberais em constantes alternâncias. No século XX, surgiu um terceiro Partido. No início, o menor de todos — O Labour Party. Hoje, ele se encontra no poder e os liberais, que muitas vezes foram maioria ontem, hoje são apenas o terceiro Partido em número de votos.

Liberdade

Democracia exige liberdade. Muitos artigos de nossa Constituição falam de liberdade cívica e de seus limites. A nossa Lei Magna assegura plena liberdade de consciência, de manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, de exercício de qualquer trabalho, profissão ou ofício de associação para fins lícitos.

Franklin Delano Roosevelt, em sua mensagem ao Congresso americano, de janeiro de 1941, fala de quatro liberdades humanas essenciais: "Os povos devem ser livres para exprimir seus pensamentos e expressar os seus credos e devem sentir-se livres de privações e necessidades assim como do medo." (10)

Liberdade é a possibilidade para o homem de se realizar plenamente. Trata-se de um processo que deve ser aprimorado constantemente. A liberdade real dos homens está fundada sobre a melhoria constante das suas condições de existência. Para o estudo das liberdades de seus limites são importantes as decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos referentes às primeiras emendas da Constituição do País. Na opinião de muitos autores, de 1937 a nossos dias, um dos principais — senão o principal problema enfrentado pela Corte Suprema foi o do relacionamento cidadão-governo. E o principal valor assegurado neste período foi o da liberdade individual. O compreensível crescimento do Poder Executivo não deve significar a diminuição das justas liberdades da cidadania. Interessantes os conceitos de **Clear and present danger** como critério de restrição da liberdade de pensamento e imprensa em alguns casos.

Igualdade

Democracia supõe igualdade. O art. 153 da nossa Constituição, em seu parágrafo primeiro, assim reza:

"Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicção política. Será punido pela lei o preconceito de raça."

Problemas dos mais difíceis é o de determinar em que sentido a igualdade é princípio básico da democracia. Através dos séculos, foram sendo eliminadas, em vários países, as desigualdades baseadas em critérios de nascimento, credos, etnias etc.

A Revolução Francesa constituiu notável progresso neste sentido. Combateu vigorosamente o absolutismo, seus privilégios e abusos. As penas só poderiam ser aplicadas à pessoa do réu e não a seus familiares.

Estudo valioso poderia ser feito com relação à Emenda nº 14 da Constituição dos Estados Unidos e, particularmente, com relação às palavras: "Nenhum Estado negará, a qualquer pessoa sob sua jurisdição, igual proteção das leis." Em 1896, a Corte Suprema, no caso *Plessy vs. Ferguson*,

(10) RUSSEL, RUTH. *A History of the United Nations Charter*. Washington, DC. The Brookings Institution. 1958, pág. 29.

atribuiu à palavra “igual” sentido político, não social. Considerou-se constitucional a fórmula “iguais, mas separados”, que consagrou a segregação em escolas, transportes públicos, hotéis etc. Dos nove magistrados, apenas um discordou daquela sentença. Mais tarde entendeu-se que, para satisfazer a Lei Magna, bastava uma igualdade substancial, a critério, naturalmente, das mesmas autoridades locais, empenhadas, muitas vezes, em impedir a ascensão social de determinados grupos étnicos. Contudo, em 1954, em um famoso caso *Brown vs. Board of Education*, a Corte Suprema unânime aprovou e alterou decisões anteriores no campo do ensino em favor das minorias.

A segregação de crianças, em escolas públicas — só na base da raça — mesmo quando as acomodações físicas e outros fatores tangíveis pudessem ser iguais, violava a Emenda nº 14. A doutrina de: “separados, mas iguais” era, então, rejeitada.

Para Haroldo Laski não se pode compreender a democracia “sem a noção de igualdade, a igualdade dos indivíduos entre si, diante da lei e da própria vida social. Os antigos privilégios que se prendem ao nascimento, crença ou raça são incompatíveis com o princípio democrático como, também, os que decorrem da riqueza.” (11)

Observa Afonso Arinos que a “democracia moderna não é apenas uma forma de organização do Estado que garante a liberdade dos cidadãos, mas, também, uma forma de organização que promova a igualdade de oportunidade entre os homens.” A igualdade de oportunidade é fundamental. Neste sentido, o País se democratiza quando crescentes porcentagens da população têm acesso a escolas, hospitais, moradias, transportes, alimentação e empregos adequados. Nos países mais desenvolvidos, o cidadão goza de considerável segurança social desde o berço até o túmulo. Desta forma, a ação justa do Estado poderá corrigir injustiças e, ao mesmo tempo, admitir aquelas diferenças que sejam o resultado dos esforços e dos méritos pessoais. Esta igualdade de oportunidades, deve também existir no próprio sistema eleitoral, diminuindo, cada vez mais, a força do poder econômico no seu processo.

Estudo interessante é o de Botomore — “As elites e a sociedade”. (12) Ele escreve: “A oposição entre a noção de elites e a de democracia pode ser expressa de duas formas: 1ª — a insistência nas teorias das elites, na desigualdade de atributos individuais, choca-se com elemento fundamental do pensamento político democrático, o qual prefere acentuar a igualdade básica dos indivíduos. 2ª — a idéia de uma minoria governante contradiz a teoria democrática de governo da maioria.” Observa, contudo, o mesmo autor certa possível conciliação no mundo atual: não pode haver democracia direta; mas, pode haver governos de minorias escolhidos livremente por todos os cidadãos. Também é impossível a supressão de todas

(11) *Teoría General del Derecho y del Estado*. Imprensa Universitária. México — 1950, pág. 298.

(12) Rio de Janeiro — Zahar Editores — 1974, pág. 17.

as desigualdades entre os homens. Contudo, pode haver igualdade de oportunidades. A democracia será, então, vista como um tipo de sociedade em que as elites econômica, cultural, política etc. . . , são em princípio abertas e, de fato, recrutadas em diferentes estratos sociais, na base do mérito individual.

Democracia Representativa

As nações modernas muito diferem das condições das famosas cidades-estados da antiga Grécia. Hoje, a chamada democracia direta é praticamente impossível. Devemos conformar-nos com a democracia representativa. O povo elege periodicamente seus governantes.

O Parlamento não teve necessariamente origem popular, mas é hoje meio próprio de opção democrática. Os Parlamentos absorveram muitas das atribuições anteriormente próprias dos reis. Nos primeiros anos de independência, deu-se em muitas Repúblicas da América Latina o tratamento de majestade aos nossos Congressos.

A concepção individualista que irrompe na Revolução Francesa, parece não reconhecer senão dois termos: o cidadão e o Estado. Importante é o pensamento de Jean Jacques Rousseau a propósito. "O povo submetido às leis, deve ser o seu autor." "Apenas àqueles que se associam, cabe regular as condições da sociedade." ⁽¹³⁾ Nunca há plena delegação ou representação possível. "O soberano, que é apenas um ser coletivo, só pode ser representado por si próprio." ⁽¹⁴⁾ Neste sentido, não haveria lugar para sociedades parciais no Estado.

Mas, como observa Jean Yves Calvez, em seu magnífico estudo "Introdução à vida política", cedo se compreendeu a impraticabilidade do Rousseauismo puro: exigência de democracia direta, exclusão de qualquer outro poder que não fosse o do povo reunido e deliberante, possibilidade muito limitada e delegação sempre revogável.

Toma vulto, assim, a idéia da democracia representativa. Para muitos, é um mal menor em relação à democracia direta e pura. Interditase o mandato imperativo. O corpo dos representantes não deve estar dependente dos interesses das vontades particulares. Mas persiste o perigo da ditadura e dos abusos. Em nome de uma vontade nacional, não se hesita em oprimir as minorias e as liberdades públicas.

Com o tempo, vingou a idéia de uma democracia de opinião e de Partidos.

Aceita-se como natural certa diversidade no modo de pensar político e adota-se o princípio de que as correntes políticas mais significativas da cidadania devem estar presentes no Parlamento. Mas, como seria feita essa representação no Poder Legislativo? A escassez de tempo não permite

(13) *Contrato Social*. Coleção Os Pensadores — São Paulo, Abril S/A, 1973. Livro II C.VI, pág. 61.

(14) *Contrato Social*. Livro II. C. I, pág. 50.

estudos comparativos entre o sistema de representação proporcional e o sistema distrital majoritário. A Fundação Getúlio Vargas publicou, em 1975, o resultado de profunda pesquisa com o título "O voto distrital no Brasil". Sem aprofundar o tema, considero do maior valor o projeto apresentado sobre a matéria pelo Senador Milton Campos, em 1960. Trata-se de um sistema misto com o mérito, a nosso ver, de combinar as principais vantagens dos dois sistemas comumente em vigor. O voto seria distrital, mas a representação seria proporcional. Sendo assim, não haveria o risco da super-representação das majorias e da sub-representação das minorias. Por outro lado, o eleitor conheceria melhor os seus candidatos e estes melhor o distrito eleitoral. As campanhas tenderiam a ser menos dispendiosas.

Conclusão

Minhas senhoras e meus senhores. Em 1961, um grupo de jovens intelectuais franceses, o Clube Jean Moulin, propunha-se a questão: "Refazer a democracia? Mas, existiu ela alguma vez? Não foi essencialmente o sonho de alguns filósofos do século XVIII erradamente transcrito nas estruturas políticas do século XIX ocidental, por uma classe que encontrou nela a síntese entre o idealismo muito vago e interesse muito preciso?" (15)

Não podemos olvidar o testemunho de Jacques Maritain: "A tragédia das democracias modernas é que ainda não conseguiram realizar a democracia." Embora tenhamos, ainda hoje, consciência disso, cremos importante continuar estudando o pleno significado e alcance da democracia representativa, para que possamos, cada dia mais, diminuir a distância entre os altos ideais abraçados e as realidades dos diversos países do nosso mundo.

Neste esforço cívico de pregar, defender e tornar realidade os mais altos ideais democráticos, ocupa, no Brasil, lugar de especial destaque o Senado de nosso País, cujo sesquicentenário celebramos e ao qual rendemos aqui nossas mais cordiais e sinceras homenagens. Muito obrigado. (Palmas.)

III — DEBATES

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Com a palavra o Professor Carlos Henrique Cardim, para o início dos debates.

O SR. PROF. CARLOS HENRIQUE CARDIM — Srs. Professores, minhas Senhoras, meus Senhores.

Gostaria de fazer três comentários à palestra do Professor Aleixo. Em primeiro lugar, destacaria que as palavras têm também a sua história e talvez, a palavra democracia seja a palavra mais persistente na história do pensamento político.

Foi no discurso de Péricles, trazido até nós por Tucídides, que a palavra democracia apareceu pela vez primeira, em um texto clássico. Há um mês saiu um livro dos mais comentados no meio político, de autoria

(15) CALDEIRA, RAFAEL. *Especificidad de la Democracia Cristiana*. Caracas. Ediciones Caroni — 1972, pág. 38.

do Presidente Giscard D'Estaing, cujo título é "Democracia Francesa". Nesses dois mil anos que separam o discurso de Péricles e o livro do Presidente Giscard D'Estaing, a palavra democracia tem sido a mais persistente no vocabulário político, a mais citada, a mais comentada. Provavelmente as palavras que mais usamos sejam, justamente, as que menos conhecemos. Notamos, na própria história da evolução do conceito de democracia um desgaste muito grande, pois quanto mais vezes a palavra democracia é empregada, mais desgastada ela se torna. E hoje prevalece uma "linguagem cinzenta", onde vai se diluindo a preocupação pela palavra como elemento de significação e se estabelecendo um automatismo e uma indiferença pelo emprego coerente e lógico dos termos. Creio que o respeito pela palavra é da maior importância dentro da vida política. A palavra é justamente o elemento intermediador entre o mundo e a nossa consciência; construímos nossos pensamentos, ideais e atos com palavras. Estamos vivendo um momento de desgaste na história da palavra democracia, que tem gerado um desinteresse pela política, principalmente devido às tendências à vulgarização e à simplificação predominantes na sociedade moderna. Observamos nas gerações mais jovens, esse desinteresse pelo fenômeno político, e pela política como forma de solução para os problemas humanos. Esta atitude se deve, em grande parte, ao desprezo pelas palavras, inclusive pela própria palavra democracia, que não tem despertado uma reflexão mais profunda e responsável.

Neste sentido, acredito que esta oportunidade que temos para debater o conceito de democracia é altamente rica, porque nos leva a refletir sobre sua significação, evolução e perspectivas. Não que sejamos obrigados a estabelecer um conceito linear e simplista de democracia, mas muito mais sentir a sua complexidade, pois, como bem disse o Professor Aleixo, a democracia é um sistema complexo, enquanto que os totalitarismos são simplistas. A democracia é justamente um sistema difícil de ser implantado, e na história da Humanidade os povos tiveram rápidos períodos de democracia.

Como segundo ponto diria que a democracia é um regime que acredita no homem; que paga um preço por acreditar no homem; que dá um crédito de confiança à criatura humana. A democracia é um regime político todo ele cheio de otimismo. E nessa forma de a democracia jogar sempre para a frente, de acreditar no homem, talvez resida a sua força e a sua fraqueza, porque na medida em que ela gera grandes expectativas, gera também grandes descontentamentos.

Mas, lembrando as palavras de Churchill, que foi um político essencialmente democrático, "é somente se lutando pelo impossível que conseguimos o possível."

Nesse sentido, a democracia deve confiar muito mais nas pessoas, como lembramos inicialmente, do que no poder do Governo e dos Estados. Na consecução da democracia nós somos, como cidadãos, muito mais responsáveis do que o Governo.

Eu lembraria, aqui, uma assertiva de Rousseau, em 1750, onde ele analisava a viabilidade de se estabelecer um sistema democrático. Dizia

Rousseau, de uma certa maneira até pessimista, que naquele período, “havia geômetras, poetas, médicos, mas não havia mais cidadãos.” Desde aquele período Rousseau já apontava a importância para a consecução da democracia da responsabilidade individual sentindo as limitações do poder estatal.

Acho que é importante destacar esse ponto de que o Estado pode crescer em dois sentidos, e que esse crescimento é uma faca de dois gumes: ele cresce em poder, mas também cresce em conflitos internos. Daí ter eu destacado a importância das instituições não governamentais, desde a própria família, o sistema educacional, o próprio indivíduo enfim na consecução da democracia. Mesmo que um Governo queira estabelecer um regime democrático, pode encontrar limitações sérias na resposta que a população dê a esse seu desejo.

Então, a questão que eu colocaria ao Professor Aleixo, dentro dessa última ponderação, seria a seguinte: qual o papel das instituições não governamentais dentro da consecução e da construção de um sistema democrático e seu peso na atualidade?

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — De certa forma, o senhor mesmo deu uma resposta a essa pergunta, exatamente quando exaltou a importância das instituições e dos cidadãos para a realização de uma democracia geral no país. É interessante notar que a prática democrática foi surgindo em determinados grupos, através da história; ou seja, a idéia de que todos deviam participar do debate dos problemas comuns, a idéia de que os superiores deviam ser escolhidos pelas pessoas que compunham a comunidade. Tudo isso foi criando um clima, pouco a pouco, para que depois se aplicasse à sociedade civil, no seu todo, as práticas democráticas. Lembro-me de que na Idade Média havia pouca prática de deliberação pelas maiorias, mas entre as ordens monásticas já começou o costume de que os superiores fossem escolhidos por todos os membros; era uma prática democrática. Também comunidades religiosas, que foram para os Estados Unidos, passaram a deliberar em comum para a escolha dos seus líderes, dos seus governantes.

Então, é imprescindível a prática da democracia, digamos, em escala menor, para que depois ela possa, com êxito, ser praticada numa escala maior; a própria família pode ter uma organização totalmente totalitária como pode ter uma organização mais democrática; da mesma forma as comunidades religiosas, as comunidades profissionais, os Municípios etc. Então, há uma relação muito grande entre a democracia praticada em grupos pequenos e aquela praticada em grupos maiores. Se ela não é praticada, de forma alguma, em grupos menores, dificilmente poderá ser praticada em âmbito nacional.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Com a palavra a Prof^a Regina Morel.

A SR^a PROF^a REGINA MOREL — Antes de mais nada, quero dar os parabéns ao meu colega, Prof. Aleixo, pela brilhante exposição que acaba

de fazer. Devo dizer que com ele concordo plenamente. Vou fazer algumas colocações, sobre as reflexões feitas pelo ilustre orador sobre a democracia representativa e farei, apenas, uma pergunta ao ilustre conferencista.

Creio que o termo "democracia" não deve ser visto de uma forma genérica, abstrata, em termos puramente jurídicos, significando a existência de Partidos, separação de poderes, existência de eleições ou um vago estado de direito, mas é preciso relacionar isso com determinados contextos históricos estruturais que, na verdade, condicionam, põem limites ao exercício dessa democracia. Então, acho que deve ser questionado, até que ponto as formas políticas encobrem ou expressam processos sociais reais. Até que ponto, então, o termo democracia, na verdade, é apenas uma ideologia. Na verdade, os ideais de igualdade, liberdade, fraternidade foram a bandeira da Revolução Francesa que marcou a ascensão da burguesia e a consolidação do Capitalismo. No entanto, esses ideais nunca se concretizaram, nunca se atualizaram, nunca se realizaram. Donde se conclui, então, que existem interesses e obstáculos a isso. Como definir igualdade de oportunidade, como definir o próprio conceito de cidadão? Então, penso que temos que distinguir uma democracia formal de uma democracia efetiva ou substantiva, como colocam alguns autores. Essa democracia substantiva, então, iria além da própria existência ou da mera existência de votos, ou de Partidos.

Toda a sociedade moderna é heterogênea, diferenciada e cheia de conflitos. Diferente, portanto, de uma sociedade pseudo homogênea, unificada em termos de valores pseudo-consensuais que se aproxima, de fato — de uma sociedade totalitária.

O exercício, a consolidação, a efetivação dessa democracia substantiva está, de fato, no mundo moderno, ameaçada por regimes do tipo burocrático-autoritário, em que as decisões de cunho tecnocrático são tomadas por equipes de técnicos, por especialistas, e essas decisões são expressas numa linguagem esotérica impossível de ser compreendida pelo homem comum. E essa democracia substantiva, então, impõe nas sociedades modernas ampliação, participação e mobilização populares, quer dizer, não se entende democracia sem essa ampliação de participação e mobilização dos diversos setores da sociedade. Essa participação pressupõe o aumento de oportunidades de acesso à educação e ao trabalho. E, essa participação e essa mobilização não se concebem como meramente simbólicas, outorgadas paternalisticamente pelo Estado mas, pressupõe ao contrário a legitimação do conflito. Quer dizer, na medida em que as sociedades modernas são heterogêneas, são diferenciadas, é preciso que haja canais institucionalizados para que o conflito entre os diversos setores da sociedade possa se expressar.

E, essa democracia substantiva pressupõe, ainda, formas de controle do próprio Estado. Ligada a isso, então, estaria a ampliação do debate e da crítica, a ampliação da informação.

A pergunta que eu gostaria de colocar ao conferencista, seria a seguinte: Alguns estudiosos dos regimes políticos latino-americanos apresentam esses regimes em termos de um esquema de etapas, em termos de "desenvolvimento político" desde formas de democracia restrita até formas posteriores de uma democracia ampliada. Ligado a isso, quer dizer, uma variante dessa

abordagem, são aqueles estudos que pretendem justificar os regimes autoritários em termos de que eles são necessários para a implantação do crescimento e do desenvolvimento econômico.

Então, gostaria de perguntar ao Professor Aleixo, como ele encara esse tipo de estudo. É só.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Professor Aleixo, por favor.

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — Creio que, na base da concepção de democracia, existe um alto grau de otimismo, em relação ao comportamento do povo ou dos cidadãos. Ou seja, podemos contrastar os defensores de sistemas fechados e os defensores de sistemas abertos. Os defensores de sistemas fechados têm uma concepção mais pessimista do homem e da população. Não acreditam que o povo tenha condições de tomar decisões sábias, de influenciar de maneira certa, de maneira mais adequada o processo político. Estou entre aqueles que têm a concepção mais otimista do homem e acredito que a ampliação do debate, que a ampliação das liberdades permitirá a consecução dos objetivos comuns que nos propomos.

Procurei mostrar, através de exemplos históricos, que aqueles períodos em que houve restrições sérias à liberdade, não foram precursores de grande melhoria para a população. No caso dos quarenta anos do porfiriato do México, as conseqüências foram desastrosas e o preço que o país pagou para novamente encontrar um sistema mais democrático foi altíssimo. Da mesma forma, certos regimes da década de 1930, que eram autoritários, levaram países a aventuras lamentáveis. O Nazismo e o Fascismo. De forma que, creio que a própria ampliação dos direitos e das liberdades e, sobretudo, a ampliação dessa oportunidade para o povo é o caminho mais certo para a realização desses ideais. É evidente que há uma diferença entre uma democracia formal e uma democracia real, substantiva. Mas, acredito que a democracia formal, a existência dessas liberdades, cria uma mentalidade e cria condições que favorecem a consecução dos objetivos comuns de liberdade e igualdade e da promoção do bem comum com resultados benéficos para todos.

Creio, por conseguinte, que não é com a instalação de regimes fechados e autoritários que chegaremos à consecução desses objetivos.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Como Presidente, não deveria intervir nos debates, mas vou agir ditatorialmente e interferir de qualquer maneira. Há vários anos, na véspera de Natal, um famoso editor do "New York Times" recebeu uma carta de uma garotinha, na qual ela perguntava se Papai Noel existia mesmo. E no outro dia, ele publicou naquele jornal uma das mais belas e mais românticas peças da literatura jornalística americana intitulada: "Sim, Alicinha, Papai Noel existe." Como democrata que sou, reconheço que, muitas vezes, as nossas aspirações democráticas são baseadas no desejo de que as coisas sejam como nós as desejamos e não como elas são. Então, perguntaria ao ilustre conferencista, se de fato é possível haver um Governo democrático, sem que esteja presente na so-

cidade o conceito básico da democracia, o conceito do "fair play", ou seja, um conceito desportivo, através do qual o político aceita que hoje é o seu dia, mas que amanhã será o dia de outrem. Se essa aceitação não está presente no *ethos* da população, onde se quer estabelecer a democracia, como poderia esta forma de governo vingar? Mais ainda, a liberdade é algo com a qual o homem tem de se acostumar. Tomamos por exemplo o caso da Rússia, que viveu sob tirania séculos e séculos, subitamente passou de um tipo de tirania para outro, de maneira que seu povo está condicionado à tirania. Um exemplo bem concreto deste condicionamento, é o caso dos judeus russos que têm ultimamente saído da Rússia e imigrado para Israel. Neste país têm se sentido totalmente deslocados, apesar de ser numa sociedade socialista onde a vida do homem é regulada. No entanto, os judeus russos acham que Israel é uma anarquia total, porque não encontram lá aquele domínio total e absoluto dia-após-dia, hora-após-hora de suas vidas, ao qual estavam acostumados. Outro exemplo é o do piloto russo que durante a guerra da Coreia fugiu com um Mig, entregou-o aos americanos, recebeu um prêmio de quase meio milhão de dólares e obteve asilo político nos Estados Unidos. Dentro de poucos meses voltava à Rússia. Não conseguira viver sem que alguém lhe dissesse a que horas tinha que acordar, ou quando tomar café, ou onde trabalhar, como trabalhar e o que fazer. Preferiu voltar à Rússia, mesmo sabendo que seria preso e talvez mesmo executado. Para ele isso era preferível à uma liberdade dentro da qual não sabia funcionar. Então, pergunto eu: se uma sociedade não tem dentro de si essa outra coisa que é a aspiração de ser livre e a vontade de não ter uma vida regulamentada e regulada, pode essa sociedade aspirar, verdadeiramente, a chegar a ser uma democracia? Ou ainda, se podemos nós, de fora, impor esse sistema a outros povos, exigindo que seus governos se "democratizem", como os Estados Unidos têm feito tradicionalmente.

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — Nós ressaltamos o princípio da autodeterminação dos povos. Evidentemente, cada povo tem o direito de escolher, livremente, o seu regime político. O problema está em que ele possa escolher livremente esse regime político. Ele pode escolher um regime com leis mais severas ou menos severas, mas ele deve ter condições de se pronunciar a respeito, de manifestar suas preferências. Um exemplo interessante é o da Inglaterra. Lá há aqueles que defendem a maior nacionalização dos bens de produção, como o Partido trabalhista e outras que defendem uma menor socialização dos meios de produção. Que o povo opine, debata o assunto. Se aqueles que estão no poder, sendo conservadores, por exemplo, não satisfazem, que haja possibilidades de que o da Oposição suba ao poder e modifique, se for o caso, as introduções, as leis feitas pelo Governo anterior. Ou seja, partimos do princípio de que o povo deve, livremente, escolher seus governantes e seu sistema de governo. Esse sistema de governo pode ser mais ou menos autoritário, pode intervir mais ou menos na vida particular dos cidadãos, mas é o povo quem deve manifestar suas preferências livremente. Não devemos impor a ele um sistema, com o qual ele não está de acordo.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Temos agora, o prazer de facultar a palavra ao público.

O SR. IVANILDO BARRETO — Não vou, propriamente, formular uma pergunta, e sim, simplesmente, situar uma posição.

Tenho a impressão de que o problema da democracia tem uma vinculação muito grande com os administradores, e a estes compete, realmente, estudar a índole do seu povo, porque há um adágio que diz que o povo tem o governo que merece. Daí conclui-se que o sistema democrático, como bem situou o ilustre Professor Aleixo, vai adquirindo uma tendência, de acordo com aquilo que o povo aceita. E na medida em que o povo aceita determinadas imposições, na verdade, isto gera conflitos internos.

E endosso perfeitamente a forma como bem situou o ilustre Professor Aleixo, partindo daquele princípio de organização democrática na família, na sociedade e, finalmente, nas nações.

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — Muito obrigado pela intervenção. Considero um problema muito complexo, realmente, comparar-se sistemas democráticos no mundo, porque a democracia é o resultado de um conjunto de valores, como procuramos demonstrar: o valor liberdade, o valor igualdade, o valor direitos humanos etc. Então, se tomarmos um valor isoladamente, nós poderíamos dizer que um país que oferece mais hospitais, mais escolas, mais empregos para sua população, sob esse aspecto seria mais democrático do que aquele que oferece menos. Por outro lado, um país que oferecesse mais oportunidades de estudo poderia, por outro lado, restringir, drasticamente, a manifestação do livre pensamento. Então, diríamos que, sob esse aspecto, o país que restringisse a manifestação do livre pensamento seria menos democrático do que aquele que restringisse menos; ou seja, estamos tratando de um ideal complexo ou de um conceito muito complexo, daí a dificuldade, inclusive, de comparar sistemas políticos nos diversos quadrantes do globo.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Continua facultada a palavra a quem dela queira fazer uso.

A SR^a PROF^a ROZINETTE MONTEIRO SOARES — Ainda sobre o problema de valores, compondo a definição de democracia, gostaria de perguntar ao Professor Aleixo, até que ponto o senhor consideraria democrático e, digamos, lícito, sob o ponto de vista humanístico, educar-se um povo para que ele aceite os valores tidos como democráticos. A mim me parece que os cientistas políticos, vêem, assim, os brasileiros, como um povo que não aceita muito a democracia. Isto é, um povo que gosta do paternalismo, pelo simples fato de que nós sobrepomos valores familiares, por exemplo, e de grupos outros, que não sindicatos e minorias desse tipo, a valores mais antigos da sociedade brasileira, como a família. Considera o senhor isso como uma prova de que não somos tendentes à democracia e preferimos regimes um pouco mais totalitários?

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — Os problemas empíricos são, evidentemente, muito complexos. Devemos ter ou procurar ter uma idéia clara sobre os valores da democracia; depois, entretanto, devemos fazer um estudo empírico sobre o comportamento de um determinado

povo, seja ele brasileiro, japonês ou russo etc. Evidentemente, não me parece certa a imposição de teorias às pessoas. Da natureza da democracia é o amplo debate. Inclusive, já foi dito aqui, na primeira reunião deste ciclo de conferências, que o povo, as pessoas, os universitários, devem ter conhecimento de idéias diferentes, de sistemas diferentes, para que possa livremente escolher o que lhe parece melhor. Dessa forma, sob esse aspecto, sou contrário a imposições. Entretanto, é importante conhecer-se empiricamente as condições históricas de cada povo. Esse é um estudo que deve ser feito através de uma análise sociológica, o que é complexo, é difícil, e onde devemos ter muito cuidado para não entrar em generalizações, principalmente quando costumamos dizer que o povo brasileiro é assim, o povo japonês é assim, o povo russo é assim; talvez nós nos refiramos a uma determinada parcela desse povo ou a um determinado período da história desse povo.

De qualquer forma, quero lembrar, então, que sou contrário a imposições, e creio que é fundamental para a democracia o livre debate, o conhecimento de idéias diferentes para a solução de determinados problemas. Mas que um povo possa escolher um sistema mais ou menos rígido; isso cabe a cada povo. É um princípio sagrado, inclusive hoje presente nas Cartas das organizações internacionais, o princípio da autodeterminação dos povos, e o princípio de não intervenção. Quer dizer, nenhum povo deve impor aos outros; também, nenhum governo deve impor aos seus cidadãos determinados sistemas; pode, pela persuasão, procurar mostrar e provar que o sistema em vigor é o melhor. E o povo deve ter a oportunidade de reeleger os que estão no poder, quando está contente com eles, ou de escolher a outros, caso esteja descontente.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Continua facultada a palavra.

O SR. NAPOLEÃO DE CARVALHO — Professor Aleixo, o mestre Cardim fez uma divagação em torno da palavra democracia, e foi desde Péricles até o Presidente Giscard d'Estaing. Pergunto a V. Ex.^a se, dentro dessa turbulência do mundo moderno, chegaria V. Ex.^a a se abalancar a citar, a dar um exemplo dessa democracia de que falamos hoje, para que os jovens, aqueles estudantes de Direito daqui desta Faculdade de Direito da UnB, pudessem assim voltar-se um pouco para esse modelo, caso V. Ex.^a pudesse se arriscar a citar, e dizer o porquê, naturalmente, para maior apreensão da indagação. Muito obrigado.

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — Eu citei a frase de Maritain, de que a tragédia das democracias modernas é que elas ainda não realizaram plenamente a democracia. Ou seja, não acredito que haja um povo que já tenha realizado totalmente os ideais democráticos. E, como lembrei antes, se tomarmos um valor determinado poderemos dizer que um determinado povo está mais perto da democracia que outro. Digamos assim: quando existe escola primária para todas as pessoas na idade escolar, então isso já é um sinal de democracia, sob esse aspecto de igualdade de oportu-

nidades. Se num país existe hospital para toda a população, então, sob esse aspecto, esse país está mais democrático do que outro. Se num país existe pleno emprego, se não existe desemprego, então, sob esse aspecto, esse país está mais democrático que outro, sobretudo quando o emprego é da escolha do cidadão, não é uma imposição. Se num país os cidadãos têm tranqüilidade, com relação ao seu futuro, ou seja, se eles não temem ser vítima de qualquer imprevisto, se, quaisquer que sejam as circunstâncias, eles têm uma garantia mínima, uma certeza mínima de que não lhes faltará o pão, o teto, a habitação etc., então, sob esse aspecto, eles vivem em país democrático. Mas, também como disse aqui, se num determinado país há todos esses valores já realizados, mas não há a liberdade de escolher os seus governantes, então, esse país, sob esse aspecto, não é democrático. Não basta que a democracia seja um governo para o povo, ou seja, que tome decisões benéficas para o povo, é preciso a participação do povo nos debates, na escolha dos governantes.

De fato, é realmente difícil responder a essa pergunta, porque teríamos que ter um conhecimento muito complexo dos regimes políticos atuais. Se tomarmos um país como a Suécia, um país como a Noruega, veremos que existe a satisfação de necessidades básicas, uma certa tranqüilidade com relação ao futuro do cidadão. Isso dá a ele condições de desenvolver muito suas qualidades, suas ambições, de sentir-se realizado na vida sob muitos aspectos.

O importante, no entanto, é que tenhamos consciência, a mais clara possível, do que seja o ideal democrático que é complexo, que é difícil, e que trabalhem para ele. Porque não é uma dádiva do Governo, é um esforço e um resultado do trabalho de todos os cidadãos.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Outra pergunta?

O SR. ADALBERTO CARVALHO FARIA — Estamos vendo na Espanha, atualmente, um desagrado de um povo que viveu diversos anos sob o regime de Franco, e agora, quando recebe o estatuto, recebe leis democráticas, uma minoria significativa reage contra essa situação que, para nós, seria uma democracia doada aos espanhóis. O Sr. citou os problemas de minoria. Essa minoria frente a uma problemática democrática que o Sr. nos apresentou, como poderia ser conciliada? Como o Sr. conciliaria esses espanhóis franquistas? Somente esta pergunta.

O SR. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — A decisão de consultar o povo, a respeito das novas reformas, é uma decisão democrática. É verdade que as Cortes tomaram uma decisão de abertura, mas submetem ao sufrágio popular as reformas propostas. Vai constituir um processo democrático a consulta ao povo sobre o caminho futuro que o país deseja seguir. Mas, o problema que você levantou é, evidentemente, dos mais difíceis. Eu o mencionei de passagem no trabalho. Como você se comporta em relação

àqueles que negam determinados valores, que negam a utilidade da consulta ao povo?

Creio eu que deve haver liberdade de expressão para essa teoria, para esses pensamentos, na medida em que essa liberdade de expressão não signifique o uso da violência, o desrespeito às opiniões dos outros.

Creio que deve caber à justiça, ao Poder Judiciário, verificar até onde o comportamento dessas pessoas é compatível com respeito necessário por outras pessoas. Nós estabelecemos como critério a livre discussão dos problemas. No momento em que um grupo queira impor o seu pensamento a outros grupos pela força, então, nós já estamos fora das regras democráticas. Agora, caberia ao Poder Judiciário julgar quando esse comportamento é incompatível ou não, com os princípios democráticos. Cabe a ele julgar os critérios dessas minorias ou o comportamento dessas minorias.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Queira identificar-se.

O SR. AMADEU SANTOS RODRIGUES — É notório e sabido que um dos princípios democráticos é a divisão dos poderes, ou seja, a independência ou interdependência. Ocorre que no mundo, atualmente, sobretudo, nas nações em desenvolvimento, há um predomínio crescente do Poder Executivo. Então, eu perguntaria ao mestre como se conciliaria o Executivo forte com os demais poderes, em um regime democrático?

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — Agradeço ao Amadeu Santos Rodrigues, a pergunta que acaba de formular. Creio que eu mencionei um pouco esse problema no decorrer da palestra, quando falei das idéias dos "científicos" que era um grupo de positivistas do México, quando citei um ilustre jurista no Brasil que também investiu contra o Parlamento. Da mesma forma, poderia citar autores como Hitler na sua "Minha Luta" em que ele descreve o parlamento como um local de luta, de antagonismo, sem resultados benéficos para o povo. No entanto, a experiência desses que advogaram um aumento quase que ilimitado do Poder Executivo foi lamentável nos casos que citei. De forma que, se é verdade que a elaboração de leis se torna cada vez mais complexa e técnica, o julgamento sobre a sabedoria dessas leis deve continuar com o Congresso. O Congresso vai julgar a sabedoria ou não dessas leis, aprovando ou rejeitando e, por sua vez, o povo vai livremente escolher os seus representantes para o parlamento, baseado no comportamento desses parlamentares.

Tenho a impressão que na democracia pode haver ocasionalmente o fortalecimento de um Poder ou de outro e a História nunca fala num processo irreversível nesse setor. O Poder Executivo, quando é mal usado, leva ao fortalecimento dos outros e, da mesma forma, o Poder Legislativo, quando mal usado, pode levar ao seu enfraquecimento. Agora, a última palavra deve caber a todo cidadão que deve ter o direito de expressar o seu pensamento sobre o processo e escolher livremente o sistema de governo que mais lhe pareça adequado para o seu país. Poderá ser o parlamentarismo, po-

derá ser o Colegiado, o Presidencialismo etc. Não acredito que haja processos irreversíveis nessa matéria. O fundamental é que as pessoas que ocupem os cargos tenham consciência da complexidade desses problemas e uma consciência democrática de respeito por aqueles que possam vir a divergir delas.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Mais alguma intervenção?

O SR. PROF. HERMENITO DOURADO — Professor Aleixo, ouvi com encantamento a sua palestra e as intervenções dos debatedores. Queria apenas propor um problema aos três. Falou-se na tragédia da democracia, pelo fato de não ter sido alcançada a democracia, plena. Parece que o ideal democrático traz em si um conflito insuperável, qual seja o de conciliar a liberdade humana com aquele outro princípio democrático que deve satisfazer as necessidades de todos. Parece que há um conflito entre esses dois objetivos. Esta é a grande crise dos nossos dias: como preservar a liberdade individual e, ao mesmo tempo, garantir a satisfação das necessidades sociais? Porventura, a organização da sociedade, de modo a satisfazer condignamente as necessidades materiais de todos, que é um dos ideais democráticos, não implicaria em malferir aquele outro critério de garantir a liberdade individual? A liberdade de ser rico, de ser miserável, se é possível ter liberdade para isso, mas, às vezes, na própria mecânica da sociedade, uns são muito ricos e outros muito pobres. Será que a organização democrática para evitar esses extremos não atenderia um critério que seria o da satisfação material de todos, prejudicando o da liberdade individual e talvez nisso não resida a grande tragédia do regime democrático?

É só uma questão para meditação, se possível. Muito obrigado.

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — O Prof. Dourado, eminente jurista, colocou, evidentemente, um dos problemas mais difíceis que constitui um desafio para as democracias. Evidentemente que nós não podemos falar de liberdades ilimitadas do homem. Neste sentido, a experiência foi mostrando que era necessário limitar, ao menos em parte, essas liberdades. No liberalismo clássico, deveria haver teoricamente o máximo de liberdade, nenhuma ou quase nenhuma interferência do governo na vida dos cidadãos. Até citei aqui aquela famosa frase: “O Governo que governa menos, governa melhor”. Acreditava-se que, dando o máximo de liberdade a todos, todos teriam os seus problemas resolvidos. Seria um pouco aquela idéia da mão invisível de Adam Smith. No entanto, a experiência não correspondeu a essas idéias ou a essas expectativas e, pouco a pouco, o governo passou a interferir mais no processo político. De forma que ele corrigiu aquilo que considerava os abusos provocados por um excesso de liberdade. Isso acontece hoje e todos nós o aceitamos na vida econômica. Mas foi uma luta para que se introduzisse, por exemplo, o imposto de renda, porque alguns alegavam que não deveria haver esse imposto porque limitava a liber-

dade de acumular riquezas. Aceitou-se, também, a luta contra os monopólios; aceitou-se, também, a interferência do Estado para desapropriar bens particulares. Na Inglaterra temos o imposto de herança que absorve boa parte daqueles recursos deixados pela pessoa falecida. Agora, indago eu, até onde essa restrição é justa e conveniente? Creio que cabe ao próprio povo, livremente, debater os limites impostos a essa liberdade, através dos seus representantes livremente eleitos.

Então, se o governo limita em excesso essa liberdade, chamada liberdade econômica, essa coletividade passa a estar descontente. Então, ela elegerá representantes que aumentarão essa liberdade. Agora, que haja liberdade para expressar os pontos de vista, as queixas etc., e que o povo escolha livremente os seus legítimos representantes. É preciso que ressalte uma diferença entre uma pobreza não merecida e uma pobreza voluntária. Muitos têm uma pobreza não merecida. Ou seja, pessoas que querem trabalhar e não encontram emprego; pessoas que têm a disposição de lutar e não encontram condições de lutar pela vida. Então, essas pobreza não merecidas devem desaparecer. Agora, se alguém quiser livremente abraçar um teor de vida austero de pobreza, de auto-restrição, deve ter liberdade para isso. De forma que devemos procurar, por um lado, satisfazer as necessidades básicas da população, fazer esse esforço e limitar as liberdades dos indivíduos na medida em que seja necessário para alcançar esse objetivo, mas respeitando a vontade das maiorias. Contudo, as maiorias também se equivocam. É um risco que a democracia corre porque é difícil estabelecer normas absolutas. Quando dissemos que a democracia é o governo da maioria, não dissemos que necessariamente as decisões da maioria seriam sempre acertadas.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Com a palavra os ilustres debatedores, a fim de comentarem as indagações aqui formuladas.

A SR^a PROF^a REGINA LÚCIA DE MORAES MOREL — Concordo inteiramente com o que disse o Prof. Aleixo e desejo ressaltar aqui que em todas as sociedades existem interesses e objetivos divergentes e que, nesse sentido, determinados grupos procuram impor sua dominação a outros e restringir a liberdade de outros. Então, essa questão de liberdade individual não pode ser discutida assim no abstrato. Depende exatamente de determinadas condições históricas e de liberdade de quem e para quem.

O SR. PROF. CARLOS HENRIQUE CARDIM — Quando o Sr. mencionou “A agonia da democracia”, lembrei-me automaticamente de um livro de Miguel de Unamuno que se chama “A agonia do Cristianismo”. Nesse livro, Unamuno mostra que os grandes ideais da civilização ocidental, cristianismo e a própria democracia, têm a sua força no fato de não terem sido realizados e alcançados completamente. Da própria debilidade, em certo sentido, ser encarada assim num rigor muito lógico de prestação de contas da

democracia. Essa forma de colocação reflete uma sinceridade, uma honestidade inexistente nos regimes totalitários. Qualquer tipo de totalitarismo, de esquerda ou de direita, propõe realizações paradisíacas na sociedade humana. É justamente essa mentira que a democracia não aceita. Por ser sincera, por ser honesta, a democracia pode ser tida por alguns como débil. Creio, no entanto, ser esta uma “debilidade” cheia de forças, e que nela reside a permanência da motivação dos homens lutarem por uma sociedade mais justa e livre. Se a democracia tivesse colocado padrões simples de realizações, seria certamente um ideal abandonado hoje em dia. A sua vitalidade, sua permanência, que vai de gerações a gerações, reside nesse fato de não ter sido realizada completamente. E essa ponderação que o senhor sugere como uma reflexão por alguns momentos, creio ser reflexão que vamos levar por toda a vida e não somente por agora.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Mais um cavalheiro de-seja fazer uma intervenção.

O SR. YAMIL DUTRA — A minha pergunta seria enfocada naquele aspecto do conflito entre os diferentes agentes do governo. Chamarei agentes do governo no caso Executivo ou do Parlamento. Passou-me pela mente que talvez a resposta fosse dada pelo Departamento de Política ou por um dos professores do Departamento de Sociologia da Universidade, através de pesquisa.

Não sei se já está sendo feita sobre a seguinte situação: se tivéssemos, no regime presidencialista, a maioria do Parlamento representada pelo mesmo grupo que tem a maioria, o que possui o Executivo, nós não teríamos aí, no caso, alguma coisa semelhante ao regime parlamentar dentro do presidencialismo? Ou seja, se o Parlamento tem a sua maioria naquele partido que tem o Poder Executivo, não teríamos um presidencialismo parlamentar, se pudéssemos dizer assim? Apenas existiria conflito de poderes, quando essa situação não ocorre. Ou seja, só se poderia dizer que o Executivo está se sobrepondo ao Legislativo no momento em que ele não tenha a maioria no Parlamento. Apenas queria uma resposta a minha dúvida e gostaria que o Professor Aleixo e os outros dignos professores pudessem responder.

O SR. PROF. JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO — Quando o Poder Executivo conta com a maioria no Poder Legislativo temos, sob esse aspecto, uma semelhança no sistema presidencialista e parlamentarista. A diferença está em que, no caso do sistema parlamentarista, necessariamente existe essa maioria, enquanto que, no caso do sistema presidencialista, ela não existe necessariamente. Ou seja, no caso do sistema presidencialista podemos ter maioria de um partido no Congresso Nacional e um Presidente de um partido minoritário no Poder Executivo. Naturalmente, os conflitos entre o Legislativo e o Executivo serão menores quando este tiver maioria naquele. Mas isso não significa que haja necessariamente ausência de conflito. Pode

não haver coincidência de ponto de vista entre a maioria e os planos e objetivos do Presidente.

Haverá questões em que essa maioria opine com a minoria no Congresso Nacional a respeito do comportamento a ser seguido.

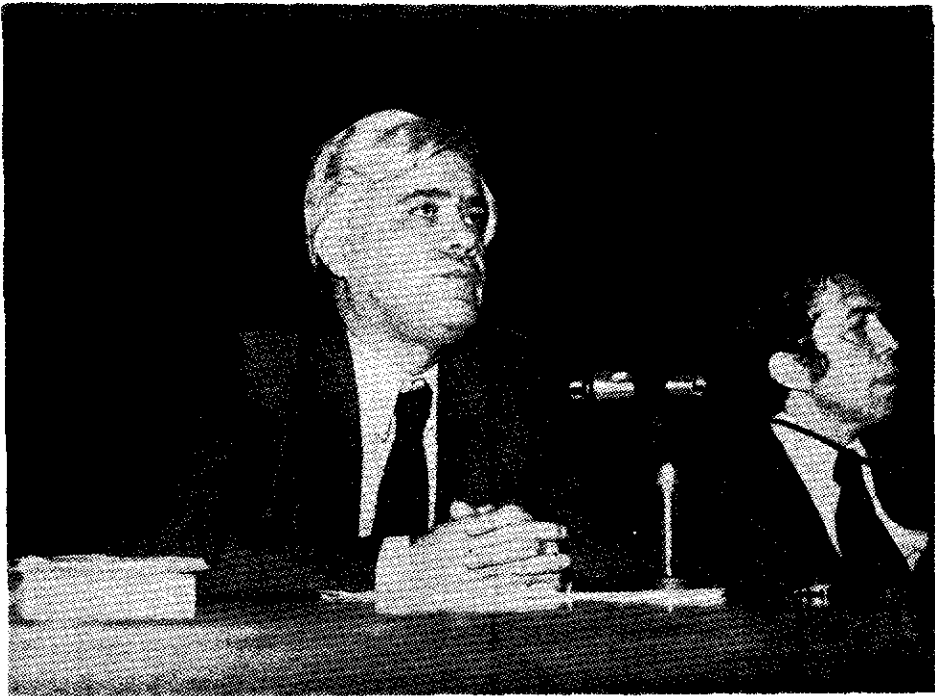
O SR. PROF. CARLOS HENRIQUE CARDIM — Nas relações entre Executivo e Legislativo, deve-se não somente listar os poderes, tanto do Executivo e Legislativo, mas sim detectar sua posição e a possibilidade de influir. É tese comum e praticamente aceita que o Executivo tem predominado no Estado Moderno. Mas essa tese tem sido debatida e analisada profundamente em congressos de ciência política e mesmo nos estudos da União Interparlamentar, e tem se procurado ver quais são os pontos onde o Legislativo pode encontrar uma valorização na atualidade. Lembro que essa colocação do Executivo como um Poder predominante não é totalmente aceita por todos, não somente aqui no Brasil, como no exterior, porque o Legislativo pode ter muito maior agilidade que o Executivo. Na medida em que o Executivo cresce em poderes, cresce, também, em problemas e disputas internas. Isso é muito importante. O Executivo, crescendo em conflitos, tem seu poder limitado e desgastado. Hoje a configuração do poder nas modernas democracias não é mais uma configuração piramidal, onde existe um único poder central no vértice da pirâmide. A configuração do poder nas sociedades complexas é circular, com a existência de vários centros de poder. Então, o Executivo tem que expressar esses vários centros de poder. Em certo sentido, quando o Executivo agrega à sua faixa de atuação, digamos, uma área da economia, agrega não somente os pontos positivos dessa área, como também todos os conflitos, suas imperfeições e seus riscos. Analisando o Poder Executivo, temos que levar em consideração a direção da sua força, que pode às vezes estar dirigida contra ele mesmo. Nesse sentido, a perspectiva de evolução futura do Legislativo é uma perspectiva — ousou colocar essa idéia — de fortalecimento em relação ao Executivo, porque o Legislativo hoje cada vez mais se torna específico em determinadas formas de atuação, e tem a possibilidade de uma melhor agilidade, principalmente no terreno da informação. Hoje já existe um tipo de entendimento entre diversos Parla-mentos do mundo, um entrosamento de diversos Poderes Legislativos em diversos países. A União Interparlamentar, principalmente o Parlamento Europeu, tem procurado estabelecer esse entrosamento, que é frutífero e que, no campo do Executivo, não é tão fácil. Creio que uma das possibilidades futuras do quadro político seja justamente um fortalecimento do Poder Legislativo pela sua qualidade. Enquanto que o Poder Executivo vai adquirindo maior quantidade de riscos, de poderes e desgaste, o Legislativo tende a se fortalecer, em diversos países, pela sua qualidade. É uma possibilidade que, logicamente, vai depender da qualidade e da responsabilidade dos Senhores Deputados e Senadores.

O SR. PRESIDENTE (David Gueiros Vieira) — Meus Senhores e Minhas Senhoras, muito agradecido pela presença dos expositores, debatedores, professores e alunos. Está encerrada a sessão. (Palmas.)

(Levanta-se a reunião às 11 horas e 48 minutos.)

O Parlamento no mundo atual

Prof. VAMIREH CHACON



Professor Vamireh Chacon

- I — Abertura da sessão
Presidência — Prof. José Francisco Paes Landim
- II — Conferência do Prof. Vamireh Chacon
- III — Debates
Debatedores — Profs. Vilma Mendonça Figueiredo e
Maurício Vinhas de Queiroz

I — ABERTURA DA SESSÃO

O SR. PRESIDENTE (*José Francisco Paes Landim*) — O nosso Expositor de hoje é o Prof. Vamireh Chacon, do Departamento de História da Universidade de Brasília, Decano de Extensão, tem cursos de Sociologia de Universidade Alemã, onde morou cerca de 4 anos, passando por Chicago, nos Estados Unidos, de onde acabou de chegar presenciando as eleições na Alemanha e nos Estados Unidos, inclusive tendo a oportunidade de conversar com alguns assessores da equipe do atual Presidente eleito, dos Estados Unidos, Sr. Jimmy Carter.

O Prof. Vamireh Chacon é um estudioso, um apaixonado pela ciência política brasileira.

Como debatedores convido para participar da Mesa a Prof^a Vilma Mendonça Figueiredo, do Departamento de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, também com cursos em universidades americanas e o Prof. Maurício Vinhas de Queiroz, do Departamento de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, estudioso e conhecedor de fenômenos políticos e econômicos da sociedade brasileira.

É com muita satisfação que passo a palavra ao Prof. Vamireh Chacon para que ele inicie a sua exposição sobre o “Parlamento no Mundo Atual”.

II — CONFERÊNCIA DO PROF. VAMIREH CHACON

No momento em que também procuramos analisar a permanente necessidade do Parlamento no mundo atual, apesar de todas as crises, é justo que comecemos recorrendo à opinião de dois brasileiros, que se preocuparam em especial com o problema. Refiro-me aos Srs. Senadores Milton Campos e Nelson Carneiro que — após visita pessoal aos Parlamentos da Grã-Bretanha, República Federal da Alemanha, França, Itália, Estados Unidos da América, México e Peru — escreveram um relatório conjunto, em 1966, cheio de observações e sugestões.

Detenhamo-nos agora nos seus principais pontos.

Os dois Senadores demonstraram realismo, ao estudar não só as circunstâncias de Parlamentos estrangeiros, quanto a do brasileiro. Apontaram, logo de saída, a fraude eleitoral, diminuída a partir de 1930 com o voto secreto, porém não de todo extirpada. Além disto, foi registrado o embaraço do Poder Legislativo abafado “pela complexidade e tecnicidade dos problemas de Governo, dominado pelo Executivo e seus tecnocratas e, assim, sem condições de se adaptar à evolução rápida da sociedade moderna.”

Não faltou a Milton Campos e Nelson Carneiro a lembrança das tentativas de buscar soluções, desde o esforço do Instituto de Direito Público e Ciência Política, “reunindo, em 1955 e 1956, os Srs. Nereu Ramos, João Mangabeira, José Augusto, Samuel Duarte, Nestor Duarte, Otto Prazeres,

Carlos de Medeiros, Victor Nunes Leal, Hermes Lima, Luís Simões Lopes, Barbosa Lima Sobrinho, Orlando de Carvalho, Caio Tácito, Nestor Massena, Gustavo Capanema, Bilac Pinto, Temístocles Cavalcanti e Seabra Fagundes, para debater sugestões sobre a estrutura e função do Poder Legislativo”.

Recordam ainda Milton Campos e Nelson Carneiro que, “os acontecimentos políticos que, a partir de então, se foram desencadeando, até a Revolução de 1964, deram novas dimensões ao problema institucional, justificando a nomeação de uma douta Comissão, pelo Presidente do Congresso Nacional, Senador Auro Moura Andrade, para proceder a estudos que possam constituir subsídios para a Reforma dos Poderes Legislativo e Judiciário e da Organização Político-Administrativa do País. Integravam-na os Srs. Senadores Wilson Gonçalves, Afonso Arinos, Edmundo Levy e Josaphat Marinho e os Srs. Deputados Laerte Vieira, Oliveira Brito, Hamilton Prado e Raimundo Brito”.

Concluindo: “Também é de assinalar-se a valiosa contribuição resultante dos seminários reunidos na Universidade de Brasília por iniciativa do Presidente do Senado e do então Presidente da Câmara dos Deputados, Bilac Pinto.” A eles se juntaram os “estudos da reforma constitucional, inspirados pelo Ministério da Justiça e de que se desincumbiram os ilustres Srs. Ministros Orozimbo Nonato e Professores Levi Carneiro e Temístocles Cavalcanti, e que contou inicialmente com a douta colaboração do Desembargador Seabra Fagundes”. (1)

Da nossa parte acrescentaríamos, por enquanto, o nome de Gilberto Amado, que a todos precedeu, com algumas das mais percucientes críticas do Parlamento brasileiro.

Após reconhecermos o nosso interesse a propósito do tema mundial, e antes de voltarmos aos pormenores das suas análises, seria oportuno tentar uma visão do problema a partir das raízes.

Conviria iniciarmos pela constatação, ao mesmo tempo realista e sábia, de Bertrand de Jouvenel: “O Poder pode ser fundado apenas pela força, sustentado apenas pelo hábito, porém não saberia crescer senão pela confiança, que não é logicamente inútil à sua criação e à sua manutenção, aos quais, na maioria dos casos, não é historicamente estranho.” (2) Por outras palavras, o Poder precisa convencer, e não só vencer, para tornar-se duradouro e profundo.

Karl W. Deutsch insistiu na Legitimidade do Poder, enquanto sua raiz e força. E mostrou que o amplo sentido da Legitimidade coincide com a Justiça, “pelo que significam a compatibilidade de uma ação, ou prática

(1) “Observações sobre o funcionamento de Parlamentos estrangeiros”, in Milton Campos, *Testemunhos e Ensinamentos*, Rio de Janeiro, vol. 154 da Coleção Documentos Brasileiros, Livr. J. Olympio Edit. 1972, págs. 297, 300 e 301.

(2) *Du Pouvoir (Histoire Naturelle de sa Croissance)*, Genebra, Les Éditions du Cheval Allé/Constant Bourquin, 1974, pág. 37.

política, configurando valores prevalecendo numa determinada Comunidade". Daí que, "ao romper-se a Legitimidade, os acordos desmoronam ou são reduzidos a questões imediatistas, possíveis de serem-se quebrados quando convém. As conseqüências podem ser a Tirania, a Revolução, a Secessão ou qualquer outra forma de rutura." (3)

Devido à crescente complexidade da vida social moderna, as decisões passaram a adotar-se pelo caminho da Representação, embora precisando continuar legítimas. Nas palavras de Karl Loewenstein: "Na moderna Sociedade de Massa, o único meio praticável para fazer com que os destinatários do Poder participem no processo político é a Técnica da Representação, que, no princípio, foi meramente simbólica e, mais tarde, real." (4)

Deutsch enumera, pelo menos, cinco sentidos de "representante": "Um representante pode ser similar aos seus representados, de modo que vejam nele uma amostra de si mesmos; ou o representante pode expressar seus próprios sentimentos vagos; ou pode transmitir sua mensagem explícita e fazer sua vontade; ou os representantes podem confiar-lhe o uso da sua maior competência e sabedoria em nome dos seus interesses; ou o representante pode servir-lhes de procurador, que reúna seus grupos e interesses diversos e divididos, de modo a torná-los mais poderosos juntos; ou, enfim, pode combinar algumas ou todas estas funções." (5)

Mas a Representação vai além do presente; ela antecipa o futuro, na observação de Georges Burdeau. (6) Com efeito, o representante frequentemente se apóia nas reivindicações dos representados, para ver mais longe e melhor, sem deixar de tudo dever às raízes.

Pois é ao Legislativo que se deve a superação do que Loewenstein chamava de "Monocracia" pela "Policracia", no equilíbrio entre detentores e destinatários do Poder ("power holders" e "power addressees"). (7)

Não queremos nos alongar na discussão em torno da divisão, interdependência e equilíbrio dos Poderes. Desculpem-nos a Iconoclastia, mais que Heterodoxia, de concordar com Karl Loewenstein, quando considera "obsoleto" o esquema de Locke/Montesquieu...

Loewenstein — alemão radicado nos Estados Unidos, tanto quanto o outro Karl, Deutsch, novos gregos transferidos para a Nova Roma da República Imperial, a que se refere Raymond Aron — Karl Loewenstein mostrou que o antigo Tripartitismo se baseava, em última instância,

(3) *Politics and Government (How People decide their Fate)*, Boston, Houghton Mifflin, 2.ª ed., 1974, pág. 18.

(4) *Political Power and the Governmental Process*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 2ª ed., 1965, pág. 125.

(5) Deutsch, ob. cit., pág. 17.

(6) *Méthode de la Science Politique*, Paris, Dalloz, 1959, pág. 191.

(7) Ob. cit., págs. 13 e 8.

numa mecanicística divisão do trabalho. E, o pior, “o que se chama, coloquialmente, mesmo errado, de separação de **Poderes**, é operacionalmente apenas a distribuição de específicas **Funções** estatais entre diversos órgãos do (mesmo) Estado”. Daí Loewenstein preferir “separação de Funções”, em lugar de “separação de Poderes”. (8)

Outro alemão também radicado nos Estados Unidos, Franz Neumann, demonstrou como “o Estado liberal tem sempre sido tão forte como exigia a situação política e social e os interesses da Sociedade. Tem participado de guerras e tem esmagado greves. Com a ajuda de fortes armadas tem protegido seus investimentos, e com a de poderosos exércitos tem defendido e aumentado suas fronteiras, como também tem restaurado “Paz e Ordem” com a ajuda de sua Polícia. Tem sido um Estado forte, precisamente nas áreas em que tinha que ser forte e que desejava sê-lo”. (9)

O problema principal consiste em dar eficiência e responsabilidade ao Estado moderno. Nunca uma dimensão sem a outra.

Daí Loewenstein propor um novo Tripartitismo: decisão fundamental política (“policy determination”), execução da decisão (“policy execution”) e controle (“policy control”).

A primeira decisão fundamental consiste na própria escolha do sistema político e dos padrões de Governo a adotar pela Sociedade. O acordo rege a solução do choque entre interesses e ideologias diversas. Sua execução reside, por antonomásia, nas mãos do Executivo. O controle político, por sua vez, divide-se sob a invocação da Responsabilidade, periodicamente posta à prova diante de um eleitorado universal e livre, numa estrutura institucionalizada. (10)

As técnicas de controle seriam de dois tipos, ainda no novo posicionamento de Loewenstein: controles intra-orgânicos e inter-orgânicos. No primeiro caso, as lideranças coletivas ou apenas duas dentro do mesmo órgão; no segundo, os tradicionais contrapesos da divisão do trabalho estatal supervisionados pelos eleitores, representam as duas complementadoras propostas de Loewenstein. (11)

Como teriam funcionado na prática dos últimos tempos?

Loewenstein aponta seis grandes experiências históricas no Ocidente. Em primeiro lugar, contrariando um pouco sua ordem, o tradicional Governo de Gabinete da Grã-Bretanha, embora datando de muito antes, só

(8) *Idem*, págs. 34-36.

(9) *Estado Democrático e Estado Autoritário* (trad. do inglês *The Democratic and the Authoritarian State*, New York, The Free of Press of Glencoe, 1964), Rio de Janeiro, Zahar, 1969, pág. 31.

(10) *Ob. cit.*, págs. 42-51.

(11) *Idem*, págs. 164-173 e 261-275.

se converteu em genuíno Parlamentarismo com a grande reforma eleitoral de 1832, estendendo o sufrágio à classe média proprietária. Sistema dependendo do freqüente apelo de poucos Partidos ao eleitorado, que, por sua vez, os faz alternar no Poder, representados por seus líderes. O modelo britânico notoriamente determinou os do Canadá, Austrália, Nova Zelândia e até União Sul-Africana.

Ainda na linha parlamentarista, o dito "Parlamentarismo Clássico", da França de 1875 até De Gaulle em 1958, representa, em segundo lugar, uma experiência de quase Ditadura do Legislativo sobre o Executivo, do qual o próprio Judiciário faz parte, e conseqüente instabilidade ministerial. Fenômeno ao qual a República de Weimar procurou superar, na Alemanha de 1919 a 1933, mediante a autorização concedida, pelo artigo 53 daquela Constituição, ao Presidente do "Reich" para nomear e demitir o Chanceler (Primeiro Ministro), também derrubável pelo Parlamento segundo o artigo 54. Trata-se do "Parlamentarismo Híbrido", em terceiro lugar, seguido em quarto pelo "Parlamentarismo Controlado" de Bonn, herdeiro mais do inglês e de Weimar, que do francês, ao determinar entre outros aspectos que o Chanceler pode ser deposto pelo Parlamento porém só se este elegeer simultaneamente seu sucessor na chamada "cláusula construtiva" do artigo 67, sendo o Chanceler o único responsável por todo o Gabinete, conforme os artigos 65, 67 e 68, continuadores do artigo 56 de Weimar.

Acha Loewenstein que a estrita divisão tripartite de Poderes dos Estados Unidos, a mais compartimentada do Mundo, reflete a Mecânica de Newton, tão influente no Iluminismo. O que não explica o êxito do modelo norte-americano, sem dúvida o mais dinâmico do Mundo, acarretando assim maiores dificuldades para outros imitá-los ou acompanhá-los, pelo menos na forma. Esta quinta experiência teria uma variante em simbiose com o "Parlamentarismo Híbrido" weimariano, na forma do "Semipresidencialismo" gaullista de 1958 apoiado no que Maurice Duverger chama de "Parlamentarismo Majoritário": o regime mais autoritário de todos agora enumerados embora não propriamente totalitário.

Finalmente o sexto e último modelo seria o colegiado suíço adaptado pelo Uruguai entre 1918 e 1934. Segundo aquele o poder final reside nas mãos da Assembléia Federal que elege um Conselho Federal composto por sete membros com mandato de quatro anos, responsável perante ela, embora lhe caiba, mais por praxe que por lei, a iniciativa de legislação e não só a força executiva. Apresenta-se curiosíssima a observação de Loewenstein, que os artigos 71 e 95 da Constituição suíça correspondem aos artigos 57 e 64 da vigente Constituição soviética de 1936, também se pretendendo um Governo colegiado, o que comprova a fragilidade das comparações apenas formais. (12)

Têm funcionado a contento estas experiências, principalmente ao nível legislativo, agora aqui discutido?

(12) *Ibidem*, págs. 90-97, 170, 98-104, 65, 393 e 116-120. Cf. tb. Janus (*Les deux faces de l'Occident*), Paris, Fayard, 1972, págs. 197-208.

Todos estes modelos apresentam pontos altos e baixos.

Pelo "Parliament Act" de 1911, os projetos de meios ("Money bills"), privilégio da Câmara dos Comuns, convertem-se em leis um mês após a aprovação, mesmo se a Câmara dos Lords discordar. Já os projetos de lei, propriamente ditos ("Reform bills"), também apresentáveis pela Câmara dos Lords, podem ser aprovados contra esta, se a Câmara dos Comuns aceitá-los por três vezes dentro de dois anos.

Porém, diante da complexidade dos problemas atuais, e da arbitrariedade que parece ser a doença ocupacional da Burocracia segundo A. H. Hanson, o Parlamento britânico vê-se na urgência de modificar-se, procurando acompanhar e influenciar as transformações sociais através de comissões especializadas. ⁽¹³⁾

Nos Estados Unidos, o eixo do Poder vem flutuando entre Executivo, Legislativo e Judiciário, segundo o demonstram as pesquisas de inúmeros politólogos e constitucionalistas, mas a força maior de dispor do dinheiro flui crescentemente para as mãos do Presidente da República, por intermédio dos quatro caminhos apontados por Louis Fisher: "1) ações rotineiras adotadas em nome da eficiência administrativa; 2) retiradas com apoio estatutário; 3) retiradas dependentes de argumentos constitucionais, em especial segundo a cláusula de Comandante-em-Chefe, e 4) sob pretexto de prover fundos à Administração prioritária." ⁽¹⁴⁾

Na França, todos o sabem, vive-se temendo que o Semipresidencialismo venha a perder a maioria parlamentar, entrando no impasse de um Presidente, eleito diretamente, ficar obrigado a aceitar um Primeiro-Ministro escolhido de modo unilateral pelos parlamentares, quando aquele pode também designá-lo e demiti-lo pela Constituição gaullista, nisto herdeira de Weimar. Então, o artigo 16 francês, inspirado no 48 weimariano, poderia significar a porta aberta à Ditadura, conforme ocorreu quando Hindenburg o usou para afastar Bruening em 1932 e convocar Hitler no ano seguinte, após preparar seu advento, acostumando o povo alemão ao uso contumaz de decretos-leis. ⁽¹⁵⁾

Quanto à experiência suíça, ela permanece reclusa nos Alpes, tendo fracassado, com estrépito, no Uruguai; e a soviética passa a receber crescentes contestações mesmo internas. Além dos ataques chineses...

Não há, portanto, regime perfeito... Que se perdoe a inevitável insistência no lugar comum, nem por isto convincente para alguns otimistas.

(13) *Planning and the Politicians and other Essays*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1969, págs. 28 e 15.

(14) *Presidential Spending Power*, Princeton University Press, 1975, pág. 148.

(15) Karl Dietrich Bracher, *Die Aufloesung der weimarer Republik (Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie)*, Villingen/Schwarzwald, Ring-Verlag, 4ª ed., 1964, págs. 54-59.

O máximo que se pode almejar é que um modelo não termine dando queque-mate em si mesmo, por alguma contradição mortal. Ainda nas palavras de Karl Loewenstein, não lhe bastam contrapesos; torna-se também indispensável que não entre num beco sem saída, pelas próprias mãos...⁽¹⁶⁾ Ao que Karl W. Deutsch acrescenta e esclarece: a "auto-condução" ("self-steering") do processo exige contínua "auto-alimentação" ("feedback"), num criativo ciclo político.⁽¹⁷⁾

Como alcançá-lo?

A Sociedade tem de gerar suas instituições e não o contrário. Estas não podem ser todas derivadas de uma única instituição, o Estado, tudo decretando de cima para baixo. Ao lado dele necessitam multiplicar-se e fortalecer-se as instituições ou "corpos intermediários", na definição remontando a Montesquieu e Tocqueville, por nós desdobrada em vários artigos recentes: a Família, a Universidade, a Empresa, o Sindicato, a Fundação, as Forças Armadas, as Igrejas, os Partidos e quantos mais possam aparecer. Instituições-meio, porque só o Homem é origem e meta do Poder e da Sociedade.

Loewenstein reconhece não ter este "Pluralismo Organizado" recebido suficiente atenção dos especialistas.⁽¹⁸⁾ O que comprova sua vitalidade, emergindo sem artificiais induções de qualquer tipo.

A mais recente formulação desta teoria dos "corpos intermediários" foi proposta por Robert A. Dahl, através do que ele chama de "Democracia Poliárquica".

Dahl chegou a tentar uma gradação de espontânea organicidade no esquema da "Poliarquia" na medida de maior ou menor força no conjunto social. O nível de adesão e controle dos indivíduos, dentro da estrutura poliárquica, daria sentido e consistência ao modelo.⁽¹⁹⁾

A "Democracia Poliárquica" seria, por assim dizer, uma nova expressão da "Democracia Madisoniana" ou, implicitamente, da paralela versão das "maiorias concorrentes" de John C. Calhoun. Pois James Madison se colocava no extremo oposto ao otimismo populista. Para Madison, partindo de nítidos pressupostos de Hobbes, segundo ainda Dahl, "os homens são instrumentos dos seus desejos. Tentam saciá-los, se lhes for dada oportunidade. Um deles é o desejo de poder sobre outros indivíduos, não só porque o Poder satisfaz diretamente, quanto também possui grande valor instrumental, porque dele depende uma ampla variedade de saciedades".⁽²⁰⁾

(16) Ob. cit., pág. 281.

(17) Ob. cit., págs. 170-173.

(18) Ob. cit., págs. 347 e 348.

(19) *A Preface to Democratic Theory*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 11ª ed., 1970, págs. 74 e 84.

(20) *Idem*, págs. 30, 4 e 5.

Daí ter-se de evitar que a maioria, ou a minoria, consiga satisfazer-se às expensas da outra, negando-lhe o Direito de Sobrevivência.

Como possibilitar o equilíbrio?

Madison procurou estabelecer regras mínimas, em alguns fundamentais ensaios de **O Federalista**. Acima de tudo no 10º Ali ele repudia o que denomina “facção” (“faction”, à qual surpreendentemente Dahl deixa de identificar com “Extremismo”), declarando-a uma ação coletiva, da maioria ou da minoria, contra o Todo social. Donde o conceito madisoniano de “Tiranía”. explícito no ensaio 47 de **O Federalista**, definida enquanto “a acumulação de todos os Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, em algumas mãos, sejam de uns poucos, sejam de muitos”, quando nas mãos do Executivo ou do Legislativo. (21) Raramente descambando para a Ditadura do Judiciário, considerado, madisoniamente por Mac Closkey, “o menos perigoso dos Poderes”.

Assim também existiria a possibilidade do que o próprio Jefferson — um madisoniano nos seus melhores momentos — classificava de “Despotismo Electivo”. (22) Com efeito, a ascensão de Hitler ao Poder, em 1933, procedeu-se através da eleição de uma quase maioria absoluta do Partido Nazista no Parlamento alemão, onde acabou predominando, graças a coalisões com Partidos afins.

Daí, profeticamente, Madison prevenir, no ensaio 49 de **O Federalista**, que o processo eleitoral, por si mesmo, não se apresenta nem infalível, nem às vezes aconselhável para tomar certas decisões, conducentes à Tiranía da Maioria. E no ensaio 51, James Madison apresenta-se ainda mais cru: “A Ambição precisa contrapor-se à Ambição.” Maquiavel é colocado a serviço da Democracia, em estranha aliança com Hobbes... Quase numa espécie de Algebra Política, os valores negativos individuais transformam-se em positivos, embora mais através da confrontação que por soma. Atinge-se o consenso pelo avesso. O Diabo faz-se Ermitão... Castigando-se mutuamente, os homens afugentariam seus demônios...

O Parlamento seria o supremo estuário dos debates e o maior “forum” rotinizador dos conflitos, nele desembocando as reivindicações e restrições dos demais “corpos intermediários” poliárquicos, do contrário cairíamos num Neo-Corporativismo, se admitíssemos todos em pé de igualdade.

Por outro lado, não tombemos na tentação populista, que seduziu o próprio Aristóteles, segundo Dahl ao lembrar os trechos da **Política** onde se encontra a exaltação da maioria soberana, depois se repetindo desde Locke a Tocqueville, em hinos otimistas. Ora, Aristóteles mesmo advertia ser a Tiranía o perigo da Oligarquia e a Demagogia o da Democracia... E Dahl reconhece o freqüente impacto da corrupção das maiorias por mi-

(21) *Ibidem*, págs. 25, 27, 6 e 15.

(22) *Apud ibidem*, pág. 9.

norias astuciosas, segundo o assinalou Gaetano Mosca antes dele, ⁽²³⁾ ou das maiorias competindo entre si, pelo absurdo do “Capitalismo sem lucro e Socialismo sem sacrifício” . . .

É oportuno lembrar que a Aritmética é a maior inimiga das ilusões: não se chega à Verdade somando erros e sim levando-os a oporem-se entre si, na realista linha de Maquiavel, Hobbes e Madison. . . Em termos sociológicos mais concretos, a eclosão de energia popular, mesmo indispensável e espontânea, tem de canalizar-se para aumentar sua força. Não há eficaz mudança social, sem equivalente controle social. O equilíbrio, entre ambos, sempre se apresenta precário, o que os desafia em conjunto e emula-os entre si. Afinal de contas, Maurice Hauriou, um ardente institucionalista, não chegou à paradoxal conclusão que só o Provisório é definitivo? . . . A “Democracia Madisoniana”, desdobrada em “Poliárquica”, segundo Dahl — sem exagerar-se na divisão dos Poderes em compartimentos estanques conforme advertia Loewenstein, e fiel à confiança nos “corpos intermediários” — surge como a melhor aproximação diante do Equilíbrio ideal.

Só assim se pode passar do estágio de “Democracia Governada” (“*Démocratie gouvernée*”, na expressão de Georges Burdeau, fase didática por sua vez ultrapassando o Despotismo Esclarecido, pois admitindo o controle e rotação do Poder, em última instância, “last say”, pelo sufrágio livre e universal), rumo à autêntica “Democracia Governante”, na qual o Parlamento exerceria aquela plena função mediadora antes referida. ⁽²⁴⁾ Embora tanto um parâmetro quanto outro existam puros, mais ao nível de arquétipos, que de protótipos. Pois a “Democracia Governante” equivaleria ao sistema aberto por excelência, meta inspiradora, Estrela Polar da Democracia, e não conquista imediata ou mesmo imediatista.

Portanto, a proposta poliárquica não diminui, eleva o Parlamento, situando-o na encruzilhada máxima das representações.

No caso brasileiro, Milton Campos e Nelson Carneiro enfatizaram a necessidade das assessorias, à qual acrescentamos a lembrança da criação de comissões especiais segundo a experiência britânica analisada por Hanson, somadas ao incentivo e simplificação da prática do comparecimento dos Ministros de Estado ao Plenário ou às Comissões do Senado e da Câmara. Lembraram ainda a importância da mecanização das votações, poupando tempo, e da publicidade dos trabalhos parlamentares, com frequência ignorados ou esquecidos. ⁽²⁵⁾ A propósito, conviria advertir contra o perigo da tecnoburocratização do próprio Parlamento, alternando-se com o da sua demagogização: este último, um risco ao nível mais baixo, o outro ao mais alto. Ambos implicando no seu suicídio.

Para enfrentar a paralela estrutura corporativista, coexistindo com a democrática representativa, o Parlamento, também o brasileiro, sofre a

(23) *Ibidem*, págs. 34, 68, 84 e 85.

(24) *Ibidem*, págs. 449, 451, 453, 454, 478 e 479.

(25) *Ob. cit.*, págs. 316 e 317.

tentação de sofisticar-se, em comissões especiais capazes de enfrentar, de igual para igual, os tecnoburocratas do Poder Executivo. Sem dúvida, é indispensável que os parlamentares sejam bem assessorados, o que nem sempre acontece, sobretudo em nossa época de crescente complexidade dos problemas. Mas o Parlamento não pode deixar os assessores dominá-lo, nem querer transformar-se em simpósio de especialistas, perigos talvez distantes, nem por isto dignos de menor atenção.

No extremo oposto persiste o risco da demagogização.

Diante das aspirações coletivas em ascensão, num quadro de desigual distribuição de renda, ora por imposição do tipo de poupança necessário ao modelo econômico, ora por mera e simples cupidez, os parlamentares perdem-se com freqüência no emaranhado das realidades e cedem à demagogia populista do "Capitalismo sem lucro e Socialismo sem sacrifício". O Estado sai, então, do extremo repressor, mergulhando no Assistencialismo do Estado Previdenciário, Estado-Hospital e Estado-Santa Casa de Misericórdia.

Quanto ao primeiro dilema, o Parlamento precisa não esquecer a força do Neocorporativismo no Brasil, iniciado de modo heterogêneo principalmente sob o Estado Novo, depois expandido de maneira heterodoxa, nem assim menos preponderante. Neocorporativismo consistindo em representações setoriais, na forma de conselhos designados unilateralmente pelo Executivo, invocando critérios de eficiência e até se arrogando a legislar. Ali se entrincheirou a Burocracia tecnicizada, donde comanda o Capitalismo de Estado das empresas ditas mistas ou públicas, na realidade estatais. De dentro deste dilema, irrompe o segundo, através do Populismo anestesiador das reivindicações das massas despolitizadas e mantidas nesta situação através de promessas capciosas. Que o Parlamento insista em ser tribuna e os parlamentares optem, na medida de suas forças, pelo missionarismo político da autêntica Sociedade gerando suas próprias instituições.

Sabemos ser, portanto, modesto o nosso saldo de legitimação parlamentar das conjuntas decisões fundamentais da vida nacional. Gilberto Amado foi dos primeiros a chamar a atenção, em ensaios admiráveis, para as contradições históricas e sociais em que nos metemos e das quais não saímos ainda. Os modelos — econômicos, políticos e jurídicos — não podem ser importados. Napoleão I quis a sua Constituição "vaga e breve", e nem por isso ela durou muito, enquanto a dos Estados Unidos da América, tão breve e vaga que mais se assemelha a uma Declaração ou um Manifesto, vem atravessando os séculos. É que a francesa dependia da carismática legitimação de um homem, enquanto a norte-americana prossegue sendo legitimada, dia a dia, pelo povo que nela crê.

Só se aprende através de sucessivas tentativas e erros, mesmo dialéticos, na Praxis iluminada e sintetizada pela Teoria. A própria Democracia Britânica, tão decantada, percorreu tortuoso e sofrido caminho, não se podendo chamá-la de perfeita. No início, ao Parlamento só tinha acesso a Alta Nobreza, pelo 1º Estatuto de Westminster em 1275, por consequência da "Magna Charta" de sessenta anos antes. O "Bill of Rights" e o "Toleration

Act” surgem em 1688. O “Reform Bill” afirma, em 1832, a supremacia da Câmara dos Comuns sobre a dos Lords. Nesta época prosseguiram existindo os “burgos podres” de eleitores mínimos ou fantasmas, arrogando-se à Igualdade com os numerosos e autênticos. Apenas em 1911, pelo “Parliament Act”, se separou a capacidade de legislar sobre meios (“Money bills”) da legislação puramente formal (“Law bills”). E o voto feminino foi reconhecido, na Grã-Bretanha, após o Brasil, que o consagrara desde 1934.

Nos Estados Unidos, a eleição presidencial já foi indireta, sendo hoje uma síntese de individual voto direto e colegial voto indireto por número de habitantes por Estado, tendo alguns Presidentes sido eleitos com minoria de uns e maioria de outros, inclusive o próprio Lincoln...

No final das contas, nada substitui o que o Ministro da Suprema Corte de Washington, Hugh Black, chamava de “Crença na Constituição” (26) — a Sociedade precisa criar suas próprias instituições, inclusive a Instituição das instituições, o Estado, e não o contrário — porém o melhor caminho é o poliárquico, segundo o prova a experiência dos séculos. À medida que as instituições se convertem nos “coletivos abstratos”, referidos por Karl Mannheim, perdem vitalidade e intimidade.

Porém nada anula sua necessidade. Elas são indispensáveis. Na sábia advertência de Disraeli: “Os direitos e as liberdades de uma Nação não podem ser preservados senão pelas instituições. Não é a extensão do Saber ou o Progresso do Espírito que podem ser garantias suficientes para o Bem Público, quando a Liberdade atravessa uma crise... A Vida é curta, o Homem um imaginativo, limitados os nossos meios, ambiciosas as nossas paixões.”

Mesmo a Poliarquia só vence quando convence.

III — DEBATES

O SR. PRESIDENTE (José Francisco Paes Landim) — Vamos passar aos debates, e em primeiro lugar ouviremos a Prof^a Vilma Mendonça Figueiredo.

A SR^a PROF^a (VILMA MENDONÇA FIGUEIREDO) — Primeiro, confesso não ser muito fácil comentar essa conferência, dada a quantidade de aspectos abordados da questão da democracia e do Parlamento, dentro dela.

Segundo entendi, houve uma preocupação do Expositor em se apoiar em autores e em casos concretos, talvez no sentido da identificação de um

(26) *Crença na Constituição* (trad. do Inglês *A Constitutional Faith*, New York, Columbia University, 1968), São Paulo, Cia. Edit. Forense, 1970, págs. 23, 86 e 87.

tipo ideal, no sentido weberiano, de democracia, onde o apoio na maioria não seria um elemento indispensável e nem tampouco necessário ou desejável em alguns casos, como no exemplo citado de Hitler.

Se essa foi uma das preocupações, ou se isso não está falseando o sentido da conferência, teria duas questões a colocar: uma delas, em relação ao caso brasileiro, na medida em que ele foi tocado, só de resvalo. Qual é a crise do Parlamento no Brasil? Se há essa crise, se não há, e qual é ela? Enfim, mostrar uma especificidade do modelo brasileiro, já que foram outros os modelos utilizados na constituição do tipo ideal de democracia.

E a segunda questão se refere mais ao conceito de legitimidade. Sem dúvida, dentro da literatura que atualmente vem se preocupando com a questão, surge a noção do Estado tecnoburocrático, em que a legitimidade do Estado determina-se pela eficácia dos seus aparelhos no controle da sociedade civil. Se, de fato, há um processo de modernização acontecendo no Brasil em que medida há tecnoburocratização do Parlamento, inclusive? E, nesse sentido, até que ponto — se esse processo ocorre — o representante deixa de representar os interesses do representado e passa, simplesmente, a executar funções previamente delegadas a ele; ou seja, em que sentido, ele passa a representar funções necessárias ao Estado para se manter, funções estas cujos fins não são questionados. No caso de serem questionados os objetivos da atividade do parlamentar, se este questionamento seria feito a nível de um grupo tecnocrático no Parlamento. Talvez eu esteja querendo recolocar a questão do Estado, da sociedade e da representatividade, e estou pensando no Brasil.

O SR. PRESIDENTE (José Francisco Paes Landim) — Darei a palavra ao outro Debatedor, o ilustre Prof. Maurício Vinhas de Queiroz.

O SR. PROF. MAURÍCIO VINHAS DE QUEIROZ — No início de sua palestra, o Professor Chacon disse que procuraria relacionar a crise do mundo moderno com a crise dos poderes legislativos. Entretanto, no decorrer da palestra, ele não analisou a fundo esse relacionamento. A sua palestra foi uma brilhante demonstração do funcionamento do Legislativo, em várias partes do mundo, os seus modelos, a explicação desses modelos e assim por diante, porém não se aprofundou nesse problema da relação entre a crise do mundo moderno e a crise do Poder Legislativo.

Dentro desta ordem de idéias, eu perguntaria ao Professor Chacon como ele responderia ao problema que se tornou voga, nos últimos tempos, de atribuir uma crise geral do Poder Legislativo no mundo, de afirmar que o Poder Legislativo está sendo absorvido, na maior parte do mundo ocidental, pela preponderância do Executivo. Se isso é realmente uma característica do nosso tempo, e o que significa isso? Essa é a questão que desejava formular.

O SR. PROF. VAMIREH CHACON — Prezada colega, eu queria analisar simplesmente o seguinte: em primeiro lugar, a tragédia histórica brasileira e, em segundo lugar, o dilema brasileiro, do ponto de vista político.

A tragédia brasileira, do ponto de vista histórico, em primeiro lugar. A nossa formação não surgiu dentro do Parlamento, ao contrário, por exemplo, das 13 Colônias nos Estados Unidos, que tiveram **self-government** ou **local government** desde o início da colonização. Se analisarmos o Brasil, por mais incrível que pareça, só num período de tempo muito curto funcionou, na época colonial, um simulacro do Poder Legislativo, que foram as Câmaras de Escabinos no Nordeste holandês, sobretudo no tempo de Maurício de Nassau, experiência esta que durou no máximo vinte anos. O Município, que era a unidade funcional da colonização portuguesa, não tinha **local government**; as autoridades vinham nomeadas por El-Rei, e não tinham, por conseqüência, muito menos **self-government**. Para diminuir algumas das expressões do poder central. Foi necessária uma mini-revolução, como houve no caso, por exemplo, da rebelião do chamado Beckman ou Bequimão, no Maranhão, no Século XVII. Esses interesses, no Município, eram até contraditórios entre si, no caso das lutas de mascates, entre Olinda e Recife; eram lutas de grupos fortalecidos de dentro para fora, porém que achavam que os fortalecimentos não bastavam para legitimá-los. A legitimação, que tivemos desde o início — para usar a linguagem werberiana — no Brasil foi a legitimação tradicional. Isso vem até o Império. A Constituição de 1824 é outorgada; ela era legitimada tradicionalmente. O Imperador, no Brasil, era um mito soreliano; ele era o símbolo da unidade nacional, era o denominador comum das facções políticas, seja no sentido português da palavra, seja no sentido madisoniano, anglo-saxônico. Nós ainda hoje nos ressentimos disso, sejam nos níveis mais altos como nos mais baixos. Ninguém quer tomar decisão sem ouvir alguém mais poderoso e mais importante. Isso me parece ser a tragédia histórica do Brasil, ou a nossa enorme falta de iniciativa política, não só de autonomia, inclusive porque, quando essas reivindicações explodem, são de maneira radical, no sentido literal da palavra. Quer dizer, a revolução ou a insurreição de 1824, em Pernambuco, questionava a própria Constituição imperial, e achava que a única saída, para legitimar, então, popularmente uma nova Constituição, seria nada mais nada menos que a secessão, uma das conseqüências que Karl Deutsch aponta, toda vez que há uma crise de legitimidade ao nível do Estado.

Isso é questionado também pelos Farrapos, durante 30 ou 35 anos, no Rio Grande do Sul; foi questionado enfim inúmeras vezes ao longo de toda a história do Império. E, sem dúvida alguma, o Império brasileiro era mais madisoniano do que o próprio Madison... Na realidade, talvez aquilo tenha sido a salvação, por exemplo, da unidade nacional. Eu me inclino a pensar assim, embora, novamente venha o problema da maioria: quem afinal de contas discutia naquela época?

Muito poucos movimentos liberais no Brasil propuseram a libertação dos escravos. Revoluções belíssimas tivemos no século XIX, mas discutindo sempre dentro da elite dirigente, o que não podia funcionar de forma alguma; era também um radicalismo do aspecto puramente formal jurídico. Nunca houve propriamente uma revolução liberal popular no País; talvez em 1817; em 1848 foi até muito heterogênea, chegou até a ser socialista,

como já mostrei em determinado livro, do que propriamente liberal, pelo menos na sua fase final, porém, ainda e sempre, no meio das elites.

A invocação da escravidão nos Estados Unidos, sobretudo no sul, não serve de todo de argumento contra a democracia norte-americana, porque a escravidão nos Estados Unidos dura muito menos do que no Brasil. Os Estados Unidos tiveram, praticamente, escravidão do meado do Século XVIII a meado do Século XIX antes disso ela era episódica; não havia um tráfico organizado, ao longo de cem anos de escravidão naquele país. Nós a tivemos pelo menos durante trezentos anos, e de modo importante.

É claro que, desde o início, vinham pessoas das Índias Ocidentais como escravos para alguns lugares das treze Colônias, mas não era um fenômeno de massa. O tráfico propriamente dito não existia ainda. Os senhores vejam a diferença enorme: não há comparação, agora, quanto ao dilema brasileiro. Acho que a minha cara colega, realmente, entrou no âmago da questão. Neste clima histórico, liberdade e liberalismo não passavam de palavras, menos até que ideologias, no Brasil Imperial e Colonial. Parece-me que, sem dúvida alguma, o dilema do Poder Legislativo no Brasil de hoje é a tecnoburocratização **versus** a demagogização. A tecnoburocratização do Parlamento brasileiro se expressa na tendência dele acompanhar o neocorporativismo que permeia a estrutura do País. Trata-se de uma das conseqüências da nossa ausência de hábitos democráticos, representativos, liberais.

Quando comecei a pensar sobre isso, a conversar com vários amigos, inclusive, repito, aqui, o Prof. Landim, entre outros, eu imaginava que isso era uma idéia muito original minha, mas constatei, o que me obriga a reflexões mais profundas, que pelo menos dois interessantes professores norte-americanos, Prof. Howard J. Wiarda, da Universidade de Amherst, Massachussets, e o Prof. Kenneth P. Erickson, da Universidade do Estado de New York — estavam com a mesma preocupação, tendo já publicado alguns ensaios a respeito. Isto é, esta estrutura autoritária na formação brasileira gerou, de início, uma estrutura representativa paralela ou mesmo superior ao Parlamento, que é a expressão de uma democracia representativa convencional liberal.

O grande salto do corporativismo para frente foi, todos o sabemos, no Estado Novo, porém ainda hoje a tendência prossegue. O corporativismo é a expressão máxima do poder da tecnoburocracia, inclusive no caso especificamente brasileiro, até mesmo com alguma penetração nos Estados Unidos. Há algumas análises interessantes do Prof. Wiarda sobre isto nos próprios Estados Unidos, mas não se aproxima, nem de longe, ao fenômeno de nosso País. A tecnoburocratização ameaça contaminar o próprio Parlamento. Hoje, temos conselhos classistas ou setoriais da vida econômico-social e política no Brasil por todos os lados, que não param de aumentar, ultimamente fortalecidos, do ponto de vista econômico-financeiro, pelas empresas mistas, na realidade empresas estatais, que eles direta ou indiretamente dirigem. Temos conselhos no Brasil, Conselho Nacional disso,

Conselho Federal daquilo, por todos os lados. Esses conselhos, inclusive, legislam muito mais do que o Parlamento. É uma estrutura mais forte e mais antiga do que a democracia representativa brasileira. O que é espantoso é que não para de continuar crescendo. Vive-se anunciando que se vai enfraquecê-la e, no dia seguinte, aparecem outras medidas e ela torna a crescer novamente. O Capitalismo de estado no Brasil é de fato muito fronteiro ao Socialismo e bastará um ligeiro empurrão para consumir o trânsito. É uma hipótese nada absurda. Embora, ao meu ver, se torne um Socialismo extremamente contraditório, que levaria mais tempo para depurar-se desses vícios tecnoburocráticos. Se, em termos, precisamos de uma revolução socialista para constituir-se plenamente uma nova classe burocrática dirigente, como Milovan Djilas analisa em alguns países, nós já adquirimos esta nova classe, que aliás é bastante antiga; são "Os Donos do Poder", a que se refere Raymundo Faoro, em obra sem dúvida alguma clássica dos últimos anos do pensamento político brasileiro. Agora, diante da falta de tradição de resistência da democracia representativa, de modelo parlamentar, contra a tecnoburocratização corporativista, o que se tem mobilizado no País? Basicamente, com franqueza, o populismo ou neopopulismo é o que tem sido convocado à luta. Com isto não estou querendo ser pessimista, de forma alguma, mas há inclusive indigência teórica para enfrentar o debate. Não estou, com isto, menosprezando o valor do Poder Legislativo do Brasil; por coincidência encontramos aqui numa promoção do Senado Federal e temos que reconhecer que, em média, o nível dos debates no Senado é alto. Se vamos comparar não só as discussões práticas como os temas teóricos, aqueles debates merecem uma atenção muito curiosa, do ponto de vista intelectual, graças às intervenções de vários Senadores, que prefiro não mencionar para não incorrer no risco da omissão. Sinceramente, acredito que é uma tragédia gerando um dilema; portanto, infelizmente não tenho resposta para as perguntas da Professora; tenho é medo ou receio, diante dessa herança brasileira, que ameaça levar-nos a caminhos de certo modo imprevisíveis. Daí, a importância, e não só a necessidade, de debates como estes que estamos realizando, os quais acredito que nos próximos anos crescerão de forma intensa, começando aqui pelo fato de convocarem-se, na Universidade de Brasília e no Brasil inteiro, os brasileiros a discutir o papel do seu **self-government**, do seu **local government**.

Quero recordar que há uma tragédia e um dilema em seguida. Sem nenhuma dúvida, vamos reconhecer publicamente que os Estados Unidos não são democráticos porque são ricos; acredito que são ricos porque são democráticos. Há o exemplo da República Federal da Alemanha que tem, hoje, padrões de vida muito superiores aos padrões da Alemanha Nazista. Alguém poderia dizer que foi graças ao capital americano do Plano Marshall. Não foi basicamente graças a isso; foi graças à tecnologia, ao **know how** que tinha sobrevivido na cabeça dos alemães, depois do país

estar destruído. Os alemães teriam conseguido o que conseguiram, apenas levariam mais tempo. Há o exemplo concreto da Alemanha Oriental, que é o segundo milagre alemão, hoje a sexta potência industrial do mundo; a Alemanha Ocidental é a quarta. Levou muito mais tempo a Alemanha Oriental, mas chegou lá, através do **know how** acumulado dentro do cérebro dos alemães, depois de uma catarse a mais sangrenta, a mais purificadora pelo fogo que nenhum povo teve até hoje. Sem nenhuma lisonja, isto só o povo alemão teria sobrevivido e ultrapassado. Não houve um palmo de terra, na Alemanha, que não recebesse pelo menos uma bomba. Isso, na realidade, nunca se viu em nenhum momento histórico, mas o que afinal de contas os salvou foi a catarse. Os alemães são muito diferentes hoje, embora haja quem não acredite.

Estão lembrando o caso do Vietnam. Vamos fazer justiça ao Vietnam, sem querer desmerecer os Estados Unidos. Lá, a coisa foi muito mais para fora do que para dentro e parece que o Vietnam teve muito menos responsabilidade em levar as bombas do que os alemães. Apesar das minhas simpatias pelos alemães serem notórias, acho que, infelizmente, pelo menos em determinada fase da história eles o mereceram. Isso, longe de diminuí-los, só os engrandece pela sua capacidade de sacrifício e auto-superação. O milagre, em última instância, foi feito pela catarse, sobretudo a catarse democrática. Quem conhece a República Democrática da Alemanha — conheço mais a República Oriental — sabe como está na base, no íntimo dela, um sentimento democrático tão grande quanto da Alemanha Federal, ou talvez maior. Defendo, exatamente, a tese que a Alemanha Oriental é mais alemã do que a Ocidental, porque a profundidade de seu sofrimento foi e continua maior. E, por conta disso, realmente, o que afinal de contas fez o milagre, em última instância, senão a democracia? Foi de uma maneira ultramadisoniana; nem o próprio Madison iria imaginar que chegasse a esse grau...

Há o caso da França.

Outro dia, o Embaixador francês dizia-me, aqui em Brasília, muito bem: a França é o único país do mundo que já experimentou todos os regimes; não há nenhuma experiência política e econômica que a França não tenha tentado; até o anarquismo já tentou, coisa que ninguém fez no mundo. Ela fez a Comuna de Paris durante um ano e meio. Afinal de contas, o que a fez crescer em última instância senão essas experiências? Não apenas Constituições rasgadas formalmente, porém rasgadas com muito sangue. Justiça se lhe faça, a história mais sangrenta do mundo é a da França, não é a da Alemanha. Nesta última houve duas grandes erupções: de 1914 a 1918 e de 1939 a 1945. Os franceses tiveram “n” explosões desse tipo, ao longo de uma história de guerras muito mais longas e mais violentas, para as tecnologias da época. Finalmente, em relação à pergunta do Prof. Maurício Vinhas de Queiroz, diria, simplesmente, com a maior

franqueza, que acredito que no plano internacional não há, necessariamente, a mesma tragédia e o mesmo impasse do Poder Legislativo. Estou me lembrando, em primeiro lugar, dos Estados Unidos, que desde antes da crise Watergate estão sendo governados pelo Poder Legislativo. Há bastante tempo que há uma "ditadura" do Poder Legislativo. Ditadura essa que vitimou Nixon e Ford. Temos já apreciado em jornais como Carter procura apaziguar o Congresso americano; ontem mesmo estavam as manchetes dos jornais do mundo inteiro dizendo que não retiraria do Congresso os poderes que afinal de contas ele retomou etc., etc. Não vejo essa crise, por exemplo, no Parlamento dos Estados Unidos. Paradoxalmente não vejo também no do Japão, que tem uma estrutura tecnoburocrática tão grande, que importou, à força, um modelo, a Constituição japonesa, chamada "Constituição de MacArthur", com ironia, pelos próprios japoneses. O amadurecimento japonês foi feito até com duas bombas atômicas; não foi uma evolução tão plausível e hereditária como a do Canadá, por exemplo, que terminou não funcionando na União Sul-Africana, o que prova que não há respostas absolutas para as perguntas. A União Sul-Africana está indo para uma secessão muito pior do que a dos Estados Unidos, apesar de dispor de uma democracia representativa, com respeito aos direitos humanos bastante razoável, mas o antagonismo que ela própria gerou, que não foi feito de fora para dentro, aparenta ser insuperável. Oxalá não o seja, é o que desejamos, e ninguém quer ver mais uma vez um rosário de desgraças no mundo. Mas, o impasse está mais do que evidente; é o que se vê diariamente nos jornais. Terá sido um fracasso tremendo da democracia representativa liberal, se se consumarem a secessão e a guerra civil no Continente Africano. Afinal de contas, os negros também são sul-africanos, tanto ou mais que os brancos. Não vejo, portanto, uma crise necessária do Poder Legislativo, a não ser nesses casos patológicos. No caso do Brasil, é mais uma ocorrência de Terceiro Mundo. Se temos pouca tradição de **local government** e **self-government**, imagine-se Uganda ou mesmo a Argélia, para citar um exemplo desfavorável e outro favorável. Não parece que o chamado socialismo árabe tenha dado margem ao florescimento de decisões colegiadas, para não dizer do Poder Legislativo, sem com isso querer diminuir a experiência árabe. Mas, todos aqueles sociais corolários — que terminam sendo também substâncias incorporando não só o Poder Legislativo da democracia representativa, mas os próprios Direitos Cívicos e Humanos do cidadão — isso daria margem a outra discussão, Prof. Maurício Vinhas, mais na sua área do que na minha, uma vez que o Senhor se interessa mais por Economia do que eu. Seria o caso de indagarmos até que ponto não seria necessário, ao longo do tempo, os modelos políticos se compatibilizarem com modelos econômicos paralelos, inseparavelmente paralelos. Essa talvez seja a chave, não só da explicação global, mas sobretudo da explicação brasileira. O que estará, ainda hoje, inviabilizando o modelo político brasileiro da maneira que desejamos, pelo menos na classe média, a qual pertencemos todos aqui desta sala? Não será exatamente o

modelo econômico antagônico hostil? Esta é, ao que me parece, a resposta. No caso, sem lisonja ao Prof. Maurício Vinhas de Queiroz, venho aprendendo com ele, nos seus livros sobre problemas econômico-sociais do Brasil, e espero continuar nesse aprendizado. Era só o que tinha a dizer.

O SR. PRESIDENTE (José Francisco Paes Landim) — Estamos com a hora um pouco avançada. O Prof. Vamireh Chacon ficará posteriormente à disposição dos presentes para debates.

Queria apenas, em dois minutos, me permitir ousar, porque não sou cientista político, mas sempre que converso com o Prof. Chacon, com ele estou aprendendo.

Com referência ao problema do Parlamento, sempre atentei para um fato interessante. O Parlamento, historicamente, é uma criação da burguesia. Foram as forças produtivas da sociedade, representadas, na época, pelos barões feudais, no reinado de João Sem Terra, que fizeram brotar a “Carta Magna” de 1215. Esse é um tema para reflexão.

O Prof. Chacon, disse muito bem — respondendo à Prof.^a Vilma Mendonça — que um dos problemas graves do Parlamento, no caso brasileiro — e digamos até de certas idéias hoje reinantes no mundo ocidental — era o aspecto da tecnoburocratização e da demagogia, ou seja, o Parlamento a cancelar as fórmulas criadas pela burocracia e, ao mesmo tempo, o Parlamento servindo de respaldo às reivindicações demagógicas daqueles que pensam no Estado exageradamente previdenciário, “Estado-hospital” de que o velho Goethe já falava.

Há respeitáveis componentes na sociedade brasileira, a imaginar que o Estado é um Prometeu, que os recursos da sociedade são gerados espontaneamente pelo Estado e não pelos seus cidadãos, a sociedade civil. Ora, as forças produtoras têm um papel preponderante na criação de riqueza na sociedade e, de certa maneira, a representação política do país, às vezes, demonstra esquecer esse aspecto, ocasionando perplexidade, até porque incabível o pluralismo político sem uma forte iniciativa privada no sistema econômico.

Agora mesmo, o Congresso Nacional acabou de votar a Lei das Sociedades Anônimas. Pois bem, essa lei não despertou em sua devida dimensão política a atenção do Parlamento brasileiro, foi aprovada sem a devida avaliação política.

Encerrando, em nome do Departamento de Direito, queria agradecer ao Senado Federal, por coincidência neste momento presidido por um homem que acredita no sistema liberal, acredita no engenho da iniciativa privada, de que o Presidente Geisel falou há poucos dias em Juiz de Fora,

mas sobretudo simboliza aquilo que o Senado Federal tem representado ao longo dos 150 anos da sua história, nos seus momentos críticos, ou de grandeza, ou seja o espírito da transação, da conciliação, procurando sempre a alternativa liberal na sociedade brasileira de encontro e superando os radicalistas de esquerda e de direita em diversos momentos de nossa história. O Senador Magalhães Pinto é, realmente, o símbolo desse espírito liberal, é um velho guerreiro liberal neste mundo de acomodação em que a demagogia ou o paternalismo estatizante se insinuam como forças preponderantes em momentos paralelos, em diversos tempos da sociedade brasileira.

Por feliz coincidência, o Senado, neste seu Sesquicentenário, é presidido pelo Senador Magalhães Pinto, um homem dinâmico, e que, sempre quando que os princípios liberais da sociedade brasileira estiveram ameaçados, saiu em luta na defesa deles, não só no Estado Novo, como recentemente, na qualidade de comandante civil, em 31 de março de 1964. É uma homenagem que se lhe presta também, no término de seu mandato. Confesso não ter nenhuma ligação, nenhuma vinculação pessoal com o Senador Magalhães Pinto, talvez a primeira vez que conversei pessoalmente com S. Ex.^a foi quando, no corredor do Senado Federal, informalmente indaguei-lhe da possibilidade de se comemorar aqui na Universidade de Brasília, através do Departamento de Direito, o Sesquicentenário do Senado Federal. Da mesma maneira, informalmente, encaminhou-me à Dr.^a Leyla Castello Branco Rangel, Coordenadora das comemorações do Sesquicentenário, e quando, minutos após, dirigi-me ao seu gabinete, a Dr.^a Leyla Castello Branco Rangel já havia recebido um telefonema do Presidente a respeito do assunto. É uma homenagem pessoal, um tributo que lhe presto porque sempre acompanhei a sua vida pública e sempre o admirei. É com muita justiça, por sinal, que todos os setores empresariais do País vão homenageá-lo na próxima segunda-feira, no Hotel Glória, oportunidade em que receberá da revista *Visão* o título de "Homem de Visão".

Agradeço aos funcionários do Senado Federal, aqui presentes, pelo êxito do curso.

Agradeço, sobretudo, aos professores da Universidade de Brasília, que participaram do curso.

Agradeço, a todos os-inscritos, advogados, estudantes, sobretudo aqueles que prestigiaram, com suas presenças permanentes como a Sr.^a Carlos Castello Branco, os jornalistas aqui presentes, a Dr.^a Linda Bugelln, Diretora da Casa Thomas Jefferson, enfim a todos agradeço e espero reencontrá-los aqui em outras promoções que pretendemos fazer no Departamento de Direito.

Muito obrigado. (Palmas.)

Hermenêutica constitucional

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais.

1 — Introdução

A determinação do sentido e alcance das expressões do Direito, processo que visa extrair da norma todo o seu conteúdo, realiza-se por meio da Interpretação, que possui técnica e meios peculiares para atingir os objetivos da Hermenêutica.

Carlos Maximiliano, a respeito dos ensinamentos da Hermenêutica, mostrava que sobre esta disciplina existiam capítulos breves em livros de Teoria Geral do Direito Civil.

O jurista apontava, de há muito, que os erros de interpretação constitucional, além de perturbar a vida política do Estado brasileiro, provocavam dissídios entre os poderes públicos, que comprometiam o prestígio das instituições. ⁽¹⁾

Tal entendimento levou Carlos Maximiliano a realizar minucioso exame de Interpretação do Texto Constitucional, em seus "Comentários à Constituição Brasileira", ocasião em que afirma:

"Com as luzes da Hermenêutica, o jurista explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base e, desse princípio, as conseqüências que do mesmo decorrem.

A interpretação, no parecer de Vander Eycken, é a pesquisa do Direito, em um caso particular, com o auxílio de todos os dados de expressão jurídica de que se dispõe.

Se a respeito das leis ordinárias o trabalho do comentador é de grande valia, muito mais necessário se tornam as luzes de hábil exegeta em face de um texto, por sua própria natureza e pelo objeto colimado, essencialmente sintético e redigido em termos ainda mais amplos.

(1) Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Livraria Freitas Bastos, S/A, Rio de Janeiro, 1951, 5ª ed., págs. VII, VIII, 13.

A Constituição deve condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem e precisa evitar casuística minuciosidade a fim de, se não tornar-se demasiado rígida, permanecer dútil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinada, como é, a longevidade constitucional." (2)

Não deixa este jurista de salientar as dificuldades que surgem, quando o hermeneuta passa a explicar e esclarecer o processo de elaboração científica do Direito Público que, pela amplitude de seu conteúdo, resiste a ser enfeixado em texto rígido:

"A técnica de interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigidas de modo sintético, em termos gerais." (3)

Ainda, entre os clássicos do Direito Constitucional brasileiro, Aurelino Leal examinou dois temas fundamentais ligados ao assunto ora abordado: **Interpretação e Construção**.

Para este jurista, autor de "Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira", o tema é assim exposto: "Os constitucionalistas americanos servem-se indiferentemente, para explicar a lei suprema, das palavras **interpretação e construção**, bem que haja uma distinção entre elas.

"Construção e interpretação, diz Bouvier, são geralmente usadas pelos escritores e pelas cortes como sinônimas, sendo ora empregada uma ora outra. Lieber, em sua "Hermenêutica Legal e Política", distingue entre as duas, considerando o círculo da interpretação limitado ao texto escrito, enquanto que a construção vai além, e compreende casos em que os textos interpretados e a ser construídos devem ser conciliados com regras de direito ou compactos ou constituições de superior autoridade..." (Bouvier's, Law Dictionary, verb. **Construction**).

Black também acentua a diferença:

"Deve-se notar que este termo (**construção**) é propriamente distinto de interpretação, embora ambos sejam muitas vezes empregados sinonimamente. Em sentido estrito, a interpretação é limitada à exploração do texto escrito, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas" (Black, "A Dictionary of Law", verb. **Construction**).

"A interpretação é usada com o fim de descobrir o verdadeiro sentido de alguma forma de palavras, enquanto que a construção envolve a indução de conclusões relativas a assuntos que não estão incluídos na expressão clara" ("Judicial and Statutory Definitions of Words and Phrases", vol. IV, verb. **Interpretation**).

(2) Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1923, 2ª ed., págs. 89/90.

(3) Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ob. cit., pág. 367.

É notável que vários tratadistas acentuem a distinção e terminem adotando o emprego simultâneo dessas palavras de diferente significação técnica. “Comumente, entretanto, diz Cooley, a palavra “construção” é empregada em Direito em um sentido que compreende todo o círculo de ambas, quando cada uma é usada de modo estrito e tecnicamente correto” (Cooley, “Constitutional Limitations”, cap. IV, pág. 71).

“Não há dúvida que, por um lado, o processo é cômodo por simplificador. Entretanto, não é inútil ter em mente que a interpretação prende o aplicador da Constituição à disposição controvertida e veda sair dela para ir buscar, em outras do mesmo estatuto ou de estatuto a ela ligado, a intenção, o espírito que o interprete, defenda e sustente.

A construção autoriza a sair do texto e a procurar, para os casos obscuros, uma solução que os constituintes previram mas não tornaram suficientemente clara, ou que não previram (“in cases which not been foreseen by the framers. . .” Cooley, *op. cit.*, loc. cit.), mas é preciso regular pela utilidade de que é susceptível o Direito.

Esta função da construção constitucional é importantíssima: ela desdobra a Constituição, age sobre a sua flexibilidade, **construindo** um direito logicamente contido nas disposições rígidas do instrumento”. (4)

Esta preocupação de autores clássicos brasileiros pode ser percebida em livros que tratam de Direito Tributário, quando são examinados temas de interpretação e aplicação das leis tributárias:

“Examinada a relevância dos princípios tributários na interpretação, é oportuno salientar que jamais poderia qualquer hermeneuta chegar à legítima exegese, como qualquer órgão judicante, à exata interpretação e aplicação da lei ou do regulamento tributário, sem obedecer aos princípios constitucionais, pois como princípios jurídicos que são, e de mais alta categoria, subordinam tudo que se lhes segue no campo do Direito Positivo.” (5)

A questão da interpretação dos dispositivos constitucionais vem sendo destacada, ultimamente, na doutrina estrangeira, que procura salientar os métodos próprios ao exame da matéria, por meio de estudos sistemáticos.

Os estudos de Franco Pierandrei, Cappelletti, Crisafulli, Modugno, Pergolesi, Sandulli, Guarino e Pizzorusso, salientam a importância da interpretação da norma constitucional na Itália, ao lado do exame da posição

(4) Aurelino Leal, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira, Parte Primeira, Da Organização Federal. Do Poder Legislativo* (arts. 1 a 40), F. Briguiet e Cia., Editores, Rio de Janeiro, 1925, págs. 7/8.

(5) Ruy Barbosa Nogueira, *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974, 2ª ed., pág. 32; Miguel Lins e Célio Loureiro, *Teoria e Prática do Direito Tributário, Forense*, Rio, 1961, 1ª ed., pág. 261; José Nabantino Ramos, *Direito Constitucional Tributário. Fatos Geradores Confrontantes*, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1975, págs. 39/40.

da Corte Constitucional no sistema da organização constitucional do Estado. (6)

Sandulli mostra que a Corte Constitucional tornou-se exigência na Itália, intensificou o seu poder e está profundamente radicada na consciência do povo italiano. A penetração da Corte no corpo social foi um fato imediato, espontâneo e sentido, considerado uma das inovações mais importantes da Constituição Italiana de 1947, pela repercussão no sistema político-jurídico:

“Nel quadro della piú vasta prospettiva della opportunità di un consuntivo di questi primi dodici anni di presenza della Corte nel nostro sistema político-giurídico, mi propongo in questa occasione di fermare l'attenzione su un profilo soltanto: quello riguardante il modo in cui ha operato, nel dodicennio, uno dei raccordi essenziali della giustizia costituzionale, così come è stata voluta e realizzata nel nostro paese: il raccordo tra la giurisdizione comune e la giurisdizione costituzionale.” (7)

2 — Conceito de Interpretação Constitucional

A Hermenêutica constitucional tem princípios próprios do Direito Constitucional. Entretanto, não abandona os fundamentos da interpretação da lei, utilizados pela Teoria Geral do Direito, pelos magistrados ou pela administração.

Mostra Jorge Tapia Valdés que a Constituição, apesar de seu caráter superior, é lei e forma parte do ordenamento jurídico total, daí que sua aplicação pelo legislador, pelo juiz ou pelo administrador, assenta-se, também, em problemas interpretativos essencialmente iguais àqueles da lei comum. Principalmente no que se refere aos métodos, fins e resultados que influenciam a interpretação.

Os problemas da interpretação constitucional são mais amplos do que aqueles da lei comum, pois repercutem em todo o ordenamento jurídico.

(6) Aldo M. Sandulli, *Sulla posizione della Corte costituzionale nel sistema degli organi Costituzionale dello Stato*, em *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 705; *idem*, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, em *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 25; *idem*, *La giustizia costituzionale in Italia*, em *Giur. cost.*, 1961, p. 845; Crisaffulli, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*, em *La giustizia costituzionale*, Milão, 1966; *idem*, *Osservazioni sul nuovo "Regolamento generale" della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1966, p. 563; Mauro Cappelletti, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, em *Studi Zanobini*, III, Milão, 1965; *idem*, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milão, 1955, p. 13; Franco Pierandrei, *Corte costituzionale*, em *Enc. del dir.*, X, Milão, 1962, p. 904; Ferruccio Pergolesi, *La Corte costituzionale giurídica e parte nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, em *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, págs. 1 e ss; Guarino, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia regionale*, em *Rass. dir. pubbl.*, 1964, p. 607; Pizzorusso, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comando o consigli?*, em *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, págs. 345 e ss; *idem*, *Recensione a la giustizia costituzionale*, em *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, pág. 289.

(7) Aldo M. Sandulli, *Rapporti Tra Giustizia Comune e Giustizia Costituzionale in Italia*, Cedam, Padova, 1968, págs. 5, 6, 7, 8 e 9.

Para Franco Pierandrei a interpretação das normas constitucionais deve adequar-se à natureza fundamental dos motivos políticos e dos princípios essenciais que servem de base a estes preceitos. Já Linares Quintana estabeleceu diversas regras particulares, que devem servir de orientação para interpretação dos dispositivos constitucionais, entre os quais deve-se destacar os que se referem ao conteúdo teleológico ou finalista. (8)

Para Hector Fix Zamudio, a interpretação dos dispositivos constitucionais requer, por parte do intérprete ou aplicador, particular sensibilidade, que permite captar a essência, penetrar na profundidade e compreender a orientação das disposições fundamentais, tendo em conta as condições sociais, econômicas e políticas existentes no momento em que se pretende chegar ao sentido dos preceitos supremos. Conclui que a diferença entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional deriva da natureza específica destas normas. Apesar de participar das regras de toda interpretação jurídica, possui aspectos particulares que lhe conferem autonomia, tanto dogmática, como prática.

Os diversos conceitos de Constituição, a natureza específica das disposições fundamentais, que estabelecem regras de conduta de caráter supremo e que servem de fundamento e base para as outras normas do ordenamento jurídico, contribuem para as diferenças entre a interpretação jurídica ordinária e a constitucional. (9)

De acordo com o método lógico-normativo de Hans Kelsen, que estabeleceu, através da hierarquia normativa, conhecida como "pirâmide jurídica", diferenciação entre os diversos preceitos, existe um escalonamento de todas as disposições jurídicas, que têm sua base e apoio de validez na norma hipotética fundamental.

A estrutura hierárquica da ordem jurídica de um Estado assenta-se na existência da norma fundamental — a Constituição — que representa o nível mais alto dentro do direito nacional. (10)

(8) Jorge A. Tapia Valdés, *Hermenéutica Constitucional. La interpretación de la Constitución en Sudamérica*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago do Chile, 1973, págs. 30/31.

(9) Hector Fix Zamudio, *Algunos Aspectos de la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*, em "Comparative Juridical Review", Coral Gables, Flórida, vol. 11, 1974, págs. 69 a 71; idem. *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1971, págs. 271 a 309; Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/data, págs. 3 e ss; Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, 2.ª ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitante, págs. 149 e ss; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Comparado. I. O Poder Constituinte*, José Bushatsky, Editor, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1974, pág. 115; Manuel García — Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, *Manuales de la Revista de Occidente*, Madrid, 1951, 2ª ed., págs. 73 e ss.

(10) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, S/A, México, 1951, trad. de Luis Legaz Lacambra, pág. 326; idem *Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprensa Universitária, México, 1950, trad. de Eduardo García Maynez, págs. 128 e 129; Lourival Vilanova, *Teoría Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen)*, em *As Tendências Atuais do Direito Público*, Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos Melo Franco, obra coletiva, Forense, Rio de Janeiro, 1976, pág. 461 e ss.

Este posicionamento da ordem jurídica, que leva à unidade de uma pluralidade das normas jurídicas, forma um sistema, que repousa finalmente sobre uma norma única, que é a fonte comum de todas as outras que pertencem a uma mesma ordem constitucional.

A Teoria pura do Direito atribui à norma fundamental o papel de uma hipótese básica, que parte do entendimento de que esta norma é válida, bem como a ordem jurídica que lhe está subordinada, já que a mesma confere aos atos do primeiro constituinte e a todos os atos subsequentes da ordem jurídica o seu poder de validade.

Para Kelsen, esta estrutura hierárquica da ordem jurídica tem consequências importantes para a interpretação, desde que esta constitui a operação do espírito que acompanha o processo de criação do Direito ao passar de uma norma superior a uma inferior. Trata-se, no caso da interpretação da lei, da aplicação de uma norma geral a um fato concreto. A Constituição deve ser interpretada, quando se trata de aplicá-la com a finalidade de sancionar leis ordinárias, leis de exceção, ou outras normas jurídicas.

A respeito dos métodos de interpretação, Kelsen mostra que a Teoria do Direito positivo não indica nenhum método ao qual se deve dar preferência, pois todos eles conduzem a uma solução possível, e não a um resultado que seja correto e exato. Saliencia que a teoria tradicional da interpretação parte do pressuposto de que basta certo conhecimento do Direito existente, para determinar os elementos que faltam na norma quando se trata de aplicá-la. (11)

A interpretação constitucional é imprescindível na manutenção do ordenamento jurídico, desde que, conforme salienta Hans Nawiasky, com base na Constituição as leis são ditadas, e estas por sua vez autorizam a emissão de atos executivos de caráter geral, em forma de regulamentos. Cria-se uma verdadeira sucessão, na qual a Constituição ocupa o primeiro lugar, posto que sobre ela descansam as demais.

A Constituição engloba, em vista de sua natureza, diversos componentes, sendo que Nawiasky dá destaque a três:

- a) as normas sobre a organização do Estado, que determinam os órgãos superiores e suas funções;
- b) os preceitos que ordenam a conduta dos cidadãos;
- c) regras relativas às próprias normas constitucionais. (12)

Apesar das normas constitucionais servirem de base para todo o ordenamento jurídico do Estado, ao qual propiciam unidade e harmonia, por meio de seus princípios orientadores, a doutrina contemporânea salienta a

(11) Hans Kelsen, *Théorie Pure du Droit. Introduction a la Science du Droit*, Editions de la Baconnière, Neuchatel, 1953, trad. frac. de Henri Thévenaz, págs. 113 a 147.

(12) Hans Nawiasky, *Teoria General del Derecho*, Ediciones Rialp, S/A, Madrid, 1962, trad. de José Zafra Valverde, págs. 62/63.

diversidade das disposições consagradas em textos constitucionais, conforme salienta publicista italiano que as discrimina em:

a) disposições de princípio, entre as quais se destacam as programáticas;

b) normas preceptivas, aquelas que determinam a conduta dos destinatários, principalmente os órgãos do poder. ⁽¹³⁾

Acentua Hector Fix Zamudio que a interpretação constitucional, apesar de pertencer ao gênero da interpretação jurídica a que são aplicáveis métodos elaborados para pesquisa do sentido das disposições normativas, tem caráter específico, que lhe dá autonomia, pois, além de conhecimento técnico bem elevado, exige sensibilidade jurídica, política e social, para atentar com o profundo sentido das disposições fundamentais. ⁽¹⁴⁾

A interpretação constitucional ou no Direito Público, para Themístocles B. Cavalcanti, não é diferente das doutrinas aplicadas no Direito em geral, da mesma maneira que os métodos de interpretação são quase os mesmos: literal, lógico, histórico e sistemático. Mas, mesmo assim, reconhece que no Direito Constitucional ênfase especial deve ser dada a certos princípios provenientes da natureza da norma e dos efeitos de sua aplicação no terreno político, que decorrem de peculiaridades que merecem ser consideradas. ⁽¹⁵⁾

Herman Pritchett, em capítulo dedicado à interpretação constitucional, reconhece que o processo é de grande importância, pois possibilita a modificação gradual do conteúdo dos preceitos constitucionais através dos tempos, para fazer frente às modificações que ocorrem e às novas necessidades, permitindo que o recurso à reforma formal seja relativamente pouco frequente.

Para o constitucionalista americano, são estas as principais fontes da interpretação constitucional:

a) a intenção do legislador constituinte;

b) o sentido e a significação das palavras;

c) o raciocínio lógico;

d) a experiência ou o sentido político da interpretação. ⁽¹⁶⁾

A interpretação constitucional está ligada ao sistema de Proteção da Constituição, conforme podemos ver em trabalho de Luís Sánchez Agesta, ao definir as modalidades sob as quais o assunto pode ser examinado:

a) Primeiro critério: toma por base aqueles que estão legitimados para promover a proteção constitucional:

(13) Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, 1952, págs. 32 e ss e 51 e ss.

(14) Hector Fix Zamudio, *Algunos Aspectos de la Interpretación Constitucional en el Ordenamiento Mexicano*, ob. cit., pág. 74.

(15) Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, Rio, 1966, 1ª ed., pág. 37.

(16) C. Herman Pritchett, *La Constitución Americana*, Tipografía Editora Argentina S/A, Buenos Aires, 1965, págs. 63 a 70.

— sistema que atribui a legitimação a todos os cidadãos, condicionados ou não por um interesse subjetivo, em forma de ação popular ou da exceção de inconstitucionalidade, normalmente unida no sistema que atribui competência ao juiz ordinário (Estados Unidos e, em parte, na Suíça, Noruega e Dinamarca);

— sistema que atribui esta legitimação a determinados órgãos políticos, vinculado ao sistema de órgão político especial e uma função de equilíbrio ou controle do processo legislativo (França);

— sistema que dá esta legitimação a órgãos políticos e a todos os cidadãos, através do juiz ordinário (incidente), como questão principal (Alemanha);

— sistema que combina uma legitimação restrita com uma instância popular.

b) Segundo critério: quando a natureza do processo aparece como um perfil que define a instituição:

— sistema que acolhe procedimento judicial estrito, com instância e audiência das partes, prova, sentença, inclusive com instâncias recursais (sistema judicial americano);

— sistema de atuação política, que supõe instância de órgão constitucional legitimado e uma decisão em um procedimento análogo ao administrativo (sistema francês);

— sistema de decisão política, influenciado com decisão técnica jurídica, que se adota com assessoramento de outro órgão (sistema espanhol e, em parte, sistema da Commonwealth);

— sistema preventivo, anterior à promulgação da lei, ao lado do sistema corretivo, posterior à sua promulgação.

c) Terceiro critério: tomando como base o órgão que intervém no processo constitucional, podemos relacionar:

— sistema jurisdicional do juiz de um Tribunal especial (Alemanha, Itália), onde surge um Tribunal constitucional, cuja missão principal e específica é realizar a proteção constitucional (sistema judicial concentrado);

— sistema jurisdicional do juiz ordinário (em parte, Estados Unidos), em que os juizes, que exercem a jurisdição ordinária, apreciam o processo de constitucionalidade da lei, por meio de ação ou de exceção (sistema judicial difuso);

— sistema do órgão político especial ou sistema de controle especializado, em que se constitui um órgão, cuja função especial é realizar o controle (França);

— sistema do órgão político ordinário ou do controle de soberania, em que esta competência é atribuída a um órgão político, que se destaca como

supremo, pelas competências que lhe são atribuídas, dentro do controle da constitucionalidade (Soviet Supremo da U.R.S.S.);

— sistemas complexos em que se faz intervir vários órgãos, ainda que a um deles seja atribuída a decisão em última instância. ⁽¹⁷⁾

A interpretação constitucional está ligada ao tema da aplicabilidade das normas constitucionais que, no sentido jurídico, conforme explica José Afonso da Silva, é a qualidade da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Esta aplicabilidade depende de três aspectos fundamentais ligados ao tema ora examinado:

— a vigência, qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória;

— legitimidade, quando está de acordo, formal e substancialmente, com os ditames da Constituição;

— eficácia; examinando-se a norma, conclui-se que só é aplicável se é eficaz. A eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais são temas conexos. ⁽¹⁸⁾

3. Regras de Interpretação Constitucional

Linares Quintana, que, de acordo com Jorge Tapia Valdés, seguiu nesta matéria Carlos Maximiliano, procura sistematizar as conclusões da jurisprudência em geral e, especialmente, da Corte Suprema, ao retirar dessas decisões as seguintes regras:

a) Na interpretação constitucional deve sempre prevalecer o conteúdo teleológico da Constituição, que é instrumento de governo, além de ser instrumento de restrição de poderes de amparo à liberdade individual.

b) A finalidade suprema e última da norma constitucional é a proteção e a garantia da liberdade e dignidade do homem.

c) A interpretação da lei fundamental deve orientar-se, sempre, para esta meta suprema.

d) Em caso de aparente conflito entre a liberdade e o interesse do governo, aquela deve prevalecer sempre sobre este último, pois a ação estatal, manifestada através de normas constitucionais, não pode ser incompatível com a liberdade.

e) O fim último do Estado é exercer o mandato dentro de seus limites. ⁽¹⁹⁾

(17) Luis Sánchez Agesta, *El Recurso de Contrafuero y la Protección del Orden Constitucional*, em *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, jan./fev., 1972, n.º 181, págs. 8/10.

(18) José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, págs. 3, 35 a 51.

(19) Segundo V. Linares Quintana, *Teoría de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, Tomo II, pág. 469.

Jorge Tapia Valdés acentua que Carlos Maximiliano aponta outras regras, de grande importância, que não foram consideradas por Linares Quintana, como:

a) a ênfase dada ao método histórico, que acentua a importância em recorrer às atas e outros documentos contemporâneos à formulação da Constituição, para descobrir qual deve ser o significado dos termos técnicos usados pelo texto;

b) o espírito do Constituinte, que pode não estar claramente expresso no texto da lei suprema;

c) quando a Constituição determina as circunstâncias em que pode ser exercido um direito ou aplicar uma pena, estas especificações importam na proibição de qualquer interferência legislativa, seja para sujeitar o exercício do direito a condições novas, ou para estender a penalidade a outros casos.

Ainda Maximiliano, citado por Jorge Tapia Valdés, define as regras de interpretação e as atribuições dos Poderes do Estado, da seguinte maneira:

a) Quando a Constituição confere um poder em termos gerais, prescreve um dever, outorga, implicitamente, todos os poderes particulares necessários ao exercício deste poder e ao cumprimento desta obrigação.

b) A função de interpretar a Constituição é comum a todos os Poderes do Estado, em sua respectiva órbita.

A faculdade mais ampla que podem ter os Tribunais tem por objetivo evitar as interpretações inaceitáveis.

c) Os Tribunais só podem declarar inconstitucionais os atos de outros poderes, quando o vício é manifesto e não dá lugar a dúvidas. (20)

4. As categorias de interpretação Constitucional

Acentua Hector Fix Zamudio que, quando fazemos referência à interpretação jurídica e dentro dela à constitucional, imediatamente nos vêm à imagem os tribunais jurisdicionais, que assumem neste campo grande importância.

Entretanto, houve épocas em que a interpretação em geral e, particularmente, a relativa a disposições fundamentais era atribuição do legislador, sendo proibida aos tribunais.

Justiniano procurou subtrair aos juizes a interpretação da sua legislação, tendência observada no racionalismo dos séculos XVII e XVIII, através de Montesquieu.

Para muitos, se ao órgão legislativo corresponde a interpretação das disposições ordinárias, maior razão existe para ser este o único corpo

(20) Jorge Tapia Valdés, *Hermenéutica Constitucional*, ob. cit., págs. 36/37.

capacitado para perquirir o sentido das normas constitucionais, daí a chamada "interpretação autêntica de caráter constitucional".

Apresenta este autor as seguintes categorias de interpretação constitucional:

- a) interpretação legislativa;
- b) interpretação administrativa;
- c) interpretação judicial;
- d) interpretação doutrinária. ⁽²¹⁾

5. Interpretação Legislativa

A interpretação constitucional de caráter legislativo, desde que a Constituição é escrita, não pode desconhecer que esta estabelece tanto o procedimento como o conteúdo das atribuições dos órgãos legislativos.

Ao expedir disposições ordinárias, o legislador deve interpretar o alcance das normas constitucionais, pois toda norma secundária deve estar em conformidade com o texto e os princípios fundamentais da lei suprema. De acordo com este entendimento, as leis constituem aplicação das disposições constitucionais de criação jurídica, pelo que os órgãos legislativos devem interpretar estas últimas, para determinar seu alcance, ajustando-se a seu texto e ao seu espírito.

A interpretação legislativa das normas constitucionais, nem sempre, é definitiva, pois, normalmente, permite-se a revisão judicial da constitucionalidade. ⁽²²⁾

A interpretação legislativa deve partir do exame dos temas referentes à técnica legislativa, que constitui a aplicação do método jurídico à elaboração das leis:

"A técnica legislativa, tomada em seu sentido lato, envolve todo o processo evolutivo de elaboração das leis, isto é, desde a verificação da necessidade de legislar para um determinado caso, até o momento em que a lei é dada ao conhecimento geral.

Desse modo, abrange ela, no seu conceito, não só as fases de iniciativa, elaboração, discussão, sanção, promulgação, publicação e período de *vacatio*, mas também se manifesta em todas as operações que, em qualquer dessas etapas, se verificam." ⁽²³⁾

Examinando o processo legislativo contemporâneo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho mostra que, para elaborar uma boa lei, não basta contar somente com o apoio de eficiente serviço de informação legislativa. É

(21) Hector Fix Zamudio, ob. cit., págs. 75 a 83.

(22) Hector Fix Zamudio, ob. cit., págs. 83/89.

(23) Hésio Fernandes Pinheiro, *Técnica Legislativa. Constituições e Ato Constitucionais do Brasil*, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1962, 2ª ed., págs. 15/16.

preciso dominar a técnica jurídica e seu vocabulário, com a finalidade de alcançar clareza e precisão necessárias para que a norma possa atingir o objetivo procurado. As deficiências de redação são principalmente ressentidas pelos juízes, já que se presume de modo absoluto que “jura novit curia”. Daí decorre terem eles não raro de “extrair sentido do que não tem sentido, conciliar o irreconciliável”, como dizia Lord Campbell. Essa deficiência, aliás, repercute gravemente sobre o próprio prestígio da magistratura. De fato, suscita as discrepâncias de opinião nas várias Cortes e das várias Cortes entre si impedindo, muita vez, a cristalização da jurisprudência.

“Reagindo contra isso, o Parlamento inglês e o Congresso americano, por exemplo, cuidaram de estabelecer junto a si um corpo de técnicos, de juristas habituados à redação de projetos de leis, para melhorar o nível dos textos postos em debate”. (24)

Certos autores vêm no controle de constitucionalidade exercido por órgãos de natureza legislativa uma aplicação formalista da divisão dos poderes, além da convicção de que deviam atribuir-se aos órgãos representativos da vontade popular funções de tal importância, que os colocassem em posição superior aos demais. (25)

Hector Fix Zamudio conclui que a interpretação constitucional, denominada de legislativa, é a que pode considerar-se permanente, desde que se efetue normalmente na atividade constante dos órgãos legislativos, ao discutir e expedir as leis ordinárias, assumindo esta forma o caráter de direta, posto que implica no exame imediato do texto e aplicação dos princípios das normas fundamentais. Quando se realiza a função legislativa, este processo de interpretação não pode ser tido como definitivo, desde que pode ocorrer a impugnação da constitucionalidade das próprias leis, pelos órgãos do poder judiciário federal. (26)

6. Interpretação Administrativa. Contencioso Administrativo — Tribunais Quase Judiciais

Ocorre a interpretação administrativa na esfera constitucional, quando os órgãos do Poder Executivo, ao tomar suas decisões, ajustam seus atos, resoluções e disposições gerais, ao império dos preceitos constitucionais. Os titulares de cargos na administração efetuam interpretação constitucional do tipo legislativo, quando colaboram com os diversos órgãos legislativos, bem como nas ocasiões em que realizam atividades legislativas ou delegadas, ou mesmo quando expedem disposições regulamentares.

(24) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do Processo Legislativo*, Edição Saraiva, São Paulo, 1968, págs. 113/114.

(25) Jorge A. Aja Espil, Jorge Alberto Losicer, *Lecciones de Derecho Constitucional. Teoría Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1971, pág. 216.

(26) Hector Fix Zamudio, ob. cit., págs. 86/87.

O ato administrativo deve estar inspirado no princípio da legalidade, segundo o qual a autoridade administrativa deve ajustar-se às disposições legais aplicáveis, inclusive quanto aos aspectos discricionários.

Esta legalidade do ato administrativo pressupõe a conformidade deste com a disposição legal secundária e com o texto e o espírito das normas constitucionais.

A autoridade administrativa, ao interpretar a lei aplicável, deve ajustá-la às disposições constitucionais. Trata-se de interpretação constitucional indireta, de caráter administrativo, muito mais restrita do que aquela dos órgãos judiciais. (27)

Ao examinar a auto-executoriedade do ato administrativo, indaga Cretella Júnior dos seus limites, quando expõe:

“Executando imediatamente seus próprios atos, prescindindo do alicerce de um título hábil executório, pode a Administração agir livremente, sem obstáculos de qualquer espécie que lhe delimitem os passos? Ou há restrições que se lhe façam, impedindo o arbítrio administrativo, incompatível, aliás, com os princípios que informam o denominado Estado de Direito? Eis o problema dos limites legais da executoriedade. Se tais barreiras não existissem, estariam em jogo as liberdades públicas, porque a força é, no Direito Administrativo, como, aliás, em qualquer ramo do Direito, a “ultima ratio rei publicae”.

“Em primeiro lugar, pois, temos a barreira legal, que restringe a execução forçada da Administração, quando esta, operando, poderia ser fator de ameaça para as liberdades públicas.” (28)

A interpretação administrativa, como decorrência da Hermenêutica constitucional e da jurídica, está presente quando em discussão a validade do ato administrativo, bem como os pressupostos essenciais de sua legitimidade:

- a) uma autônoma declaração de vontade;
- b) agente capaz de emanar o ato;
- c) forma admitida ou não vedada em lei;
- d) objetivo lícito;
- e) existência de motivos legítimos;
- f) concreta atualização da finalidade legal;
- g) imparcialidade na execução dos fins da lei. (29)

(27) Hector Fix Zamudio, ob. cit., págs. 90/93.

(28) Cretella Júnior, *Do Ato Administrativo*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1972, págs. 68/69.

(29) Miguel Reale, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, Forense, Rio, 1968, 1ª ed., págs. 35/36.

A atividade discricionária, que supõe certa esfera de predeterminação legal e margem de liberdade de decisão, como se vê, não escapa ao princípio da legalidade.

Esta atividade desenrola-se dentro de certos limites, impostos pela ordem jurídica, tendo em vista o lugar que ocupa a administração pública na pirâmide jurídica:

“La gestión administrativa debe desarrollarse sujeta a la Constitución y a la ley. Los límites negativos de la administración afectan tanto su actividad discrecional como reglada.

Es también limite negativo el que resulta de las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales que hagan cosa juzgada. Aun cuando la jurisdicción actué en el mismo plano que la administración, ésta no puede, en ejercicio de su actividad discrecional, destruir lo que constituye la cosa juzgada jurisdiccional.”⁽³⁰⁾

A discricionariedade da administração não está acima do ordenamento jurídico. Não pode o administrador atentar contra as normas da Constituição, do mesmo modo que não deverá descumprir, na execução de qualquer das leis promulgadas pela atividade legislativa, os preceitos ali estabelecidos:

“Cuando el administrador, consciente o inconscientemente, irrumpe con sus actos el límite establecido por cualesquiera de estas normas, el control jurisdiccional interviene para imponer rectamente el orden jurídico violado. Los órganos jurisdiccionales declaran la inconstitucionalidad del acto dictado por la actividad discrecional; o la ilegalidad, cuando se viola una ley general o especial”.⁽³¹⁾

A análise da interpretação administrativa está ligada aos sistemas de controle dos atos administrativos, pois estes processos influenciam nas modalidades de interpretação. Seabra Fagundes, que não encontra razão na classificação daqueles que apresentam três tipos de sistemas de controle, afirma que existem dois modelos, ao concluir:

“Dois sistemas são adotados atualmente para a prática do controle jurisdiccional dos atos administrativos nas diversas organizações políticas: controle pela jurisdição comum e controle por uma jurisdição especial”.⁽³²⁾

O sistema do contencioso administrativo resulta do controle exercido mediante tribunais constituídos para as situações litigiosas em que seja parte a Administração.

(30) Manuel María Díez, *El Acto Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, págs. 50/51.

(31) Bartolome A. Fiorini, *La Discrecionalidad en la Administración Pública*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1952, 2ª ed., pág. 166.

(32) M. Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1957, 3ª ed., págs. 132/133.

Quando ocorre um caso contencioso administrativo, deve ser ele submetido ao julgamento de um tribunal, pois o Poder Público não pode gozar da prerrogativa de escapar ao regime das leis que governam a comunidade política. Desde que o exercício da atividade administrativa não observa as leis, afeta direito ou legítimo interesse dos administrados, deve haver um tribunal que dirima o conflito com o particular, com a imposição da norma violada.

A jurisdição do contencioso administrativo é revisora do ato administrativo que motivou a contenda, por isto, só as questões que foram motivo de resolução administrativa podem ser apreciadas por este tribunal contencioso. Procura-se manter o império da legalidade, perante tribunais especiais ou procedimentos especiais.

Em certos Estados, como a Inglaterra e Estados Unidos, a jurisdição do contencioso administrativo não é diferente da atribuída aos tribunais comuns, salvo em certas matérias administrativas, para cujo conhecimento foram criados órgãos jurisdicionais especializados.

Na França, a jurisdição do contencioso administrativo é atribuição de organismos administrativos, o Conselho de Estado e tribunais departamentais exercem a chamada "justiça delegada".⁽³³⁾

Ruy Cirne Lima, em capítulo dedicado à Justiça Administrativa, afirma que os tribunais administrativos existentes no Brasil, ou funcionam sob a censura do Poder Judiciário, ocasião em que apesar de decidirem, não julgam, ou tiram a competência de fontes diversas daquela de que promana, circunstância que não lhes dá semelhança com tribunais jurisdicionais ou órgãos judicantes propriamente ditos.⁽³⁴⁾

O problema do contencioso administrativo vem merecendo artigos de publicistas brasileiros, conforme os elaborados por Cretella Júnior e Dalmo de Abreu Dallari.

Para Cretella Júnior, a noção de contencioso administrativo é correlata à de justiça administrativa, que cria um sistema de jurisdição de competência específica limitado ao julgamento de demandas em que é parte ou tem interesse direto a Administração.⁽³⁵⁾

Dalmo de Abreu Dallari, ao examinar o Conselho de Estado e a República, mostra como vários autores viram erro na abolição do Conselho de Estado, na prática da vida republicana do Brasil, considerando a neces-

(33) Manuel J. Argañarás, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1955, págs. 23/25; M. Letourneur e J. Méric, *Conseil d'État et Juridictions administratives*, Librairie Armand Colin, Paris, 1955.

(34) Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Livraria Sulina, Porto Alegre, 1954, 3ª ed., pág. 207.

(35) José Cretella Júnior, *O Contencioso Administrativo na Constituição Brasileira*, Revista de Direito Público, São Paulo, jan./março, 1972, vol. 19, pág. 38; Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, Belo Horizonte, 1960, págs. 7/11; J. Cretella Júnior, *Do Mandado de Segurança*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1974, págs. 35 e ss.

sidade de um órgão de consulta e orientação, que garantisse a permanência das diretrizes básicas e harmonia entre os órgãos do governo. (36).

Benoît Jeanneau, em análise da jurisprudência do Conselho de Estado, afirma que, na hipótese de um conflito entre um texto e um princípio geral, o juiz administrativo deve esforçar-se, dentro do possível, em assegurar a predominância do princípio sobre o texto.

A interpretação administrativa, em vista do sistema francês, é bem rica e científica, daí a contribuição que pode fornecer ao estudo do tema ora focalizado. (37)

José Antonio Archila, em trabalho sobre o "Concepto de la Justicia Administrativa", onde focaliza aspectos de interpretação, afirma que a noção de justiça administrativa deriva-se do caráter das funções do Estado, que submete seus atos e normas ao Direito. (38)

No sistema brasileiro, a interpretação administrativa é muito importante, desde que, cuidando-se de seu desenvolvimento, poderá a Administração evitar vários litígios, que decorrem da aplicação das normas constitucionais e das dos demais ramos do Direito, quando relacionados com o Direito Administrativo.

O administrado, lesado em seu direito ou interesse legítimo por ato da Administração, pode utilizar "remédios jurídicos", que existem na órbita administrativa, tais como os recursos por via administrativa ou recursos administrativos. (39)

A Justiça administrativa na França foi determinada pelo artigo 13 da lei de organização judiciária de agosto de 1970, que foi assim redigido:

"Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparés des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions." (40)

(36) Dalmo de Abreu Dallari, *O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil*, Revista de Direito Público, São Paulo, jan./mar., 1970, vol. 11, pág. 38.

(37) Benoît Jeanneau, *Les Principes Généraux du Droit dans la Jurisprudence Administrative*, Edition du Recueil Sirey, Paris, 1954, págs. 143/160.

(38) José Antonio Archila, *Concepto de la Justicia Administrativa*, Editorial Renacimiento, Bogotá, 1933, págs. 3, 15.

(39) Odete Medauar, *Controle Administrativo das Autarquias*, José Bushatsky, Editor, São Paulo, 1976, pág. 105.

(40) Jean-Marie Auby, Robert Ducos-Ader, *Droit Public. Droit Constitutionnel. Libertés publiques. Droit administratif*, Editions Sirey, 1974, págs. 260/261; Marcel Waline, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Recueil Sirey, 1952, 6^e ed., págs. 44 e ss; Pierre Wigny, *Droit Administratif, Principes Généraux*, Établissements Emile Bruylant, Bruxelas, 1953, págs. 431 e ss; Paul Dues e Guy Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1952, págs. 229 e ss; José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, vol. I Da Organização Nacional, págs. 219 e 220.

A competência da jurisdição administrativa para todos os processos da administração, desde a metade do século XIX, teve ali acolhida. A distinção entre os atos do poder público e atos de gestão, concepção de origem alemã, foi aceita pelo Conselho de Estado, sob o Segundo Império, quando ficou definido:

— que os Tribunais administrativos deviam conhecer somente dos atos nos quais a administração utilizava suas prerrogativas excepcionais e intervinha como autoridade pública;

— que os Tribunais jurisdicionais conservam a competência para todo ato em que os particulares devem cumprir determinada norma. No domínio da responsabilidade, estão submetidos aos Tribunais Judiciários os casos em que a administração não utiliza prerrogativas excepcionais.

Entretanto, esta distinção é tida como artificial, desde que a atividade administrativa surge a todo momento, imbuída de atos de poder público e atos de gestão. ⁽⁴¹⁾

A tendência do Estado moderno para atribuir funções quase-jurisdicionais a órgãos da administração, com a finalidade de aliviar o poder judiciário do exame de matérias puramente técnicas, vem sendo objeto de referências em estudos e mesmo decisões judiciais. O crescimento das funções do Estado, o aumento da legislação em volume e complexidade, leva ao reconhecimento da outorga de funções jurisdicionais a órgãos da Administração: “A atividade jurisdicional relacionada com os modernos problemas sociais e econômicos, para não redundar em denegação de justiça, teve que se flexibilizar pela supressão do formalismo forense, tornando-se mais econômica, mais rápida e mais bem aparelhada para a formulação de *standards* jurídicos.

Para a realização desses objetivos, duas práticas se impuseram — a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a órgãos da Administração —, passando a constituir técnicas insubstituíveis, obrigatórias, necessárias, embora representassem tendência absolutamente contrária aos mais sólidos princípios do Direito Constitucional.

Relativamente à Inglaterra, Port informa-nos que as circunstâncias compeliram o Legislativo a autorizar os órgãos da Administração a transporem as suas fronteiras formais, para invadir não só a esfera do Legislativo, senão também, e sob novas formas, a do Judiciário. ⁽⁴²⁾

Em acórdão em que foi Relator o Ministro Bilac Pinto, o assunto é novamente examinado:

“A primeira arguição do recorrente é a de que o acórdão recorrido teria se apoiado, quanto à prova do sinistro, na decisão do Tri-

(41) Jean-Marie Auby, Robert Ducos-Ader, ob. cit., pág. 264.

(42) Bilac Pinto, *Estudos de Direito Público*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1953, págs. 251/252; Victor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público*, Forense, Rio, 1960, 1ª ed., págs. 240 e ss.

bunal Marítimo, órgão administrativo que exerce funções jurisdicionais na matéria específica sobre que versa a demanda. Essa alegação da recorrente está fundada numa velha concepção da "separação dos poderes", sobretudo no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional.

A Constituição brasileira mantém, sem dúvida, o princípio da unidade de jurisdição, que corresponde à supremacia do judiciário. A interpretação dessa regra fundamental, entretanto, deve ser feita à luz das transformações sofridas pelo Estado em razão de sua crescente intervenção no domínio econômico e na ordem social." (43)

A respeito do Tribunal Marítimo, demonstra esta decisão que é um órgão autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, mas que seus julgamentos não fazem coisa julgada, podendo ser apreciados pelo Poder Judiciário e reformados se contrários à evidência:

"A criação do Tribunal Marítimo, órgão administrativo integrado por técnicos, a que se atribui competência quase-jurisdicional para o deslinde de questões de direito marítimo, se insere na tendência do Estado moderno de aliviar as instituições judiciais de encargos puramente técnicos, para os quais não estão eles preparados." (44)

A interpretação administrativa é fundamental para o aperfeiçoamento das atividades da administração, pois pode conciliar as garantias constitucionais com o crescimento das tarefas administrativas do Estado Contemporâneo.

Em matéria de interpretação administrativa, no que toca à proteção dos Direitos individuais, contra os abusos do poder da autoridade administrativa, a doutrina européia fornece excelentes subsídios, quando trata do poder discricionário, das fronteiras da legalidade e sobretudo do discernimento da ilegalidade administrativa. (45)

7. Interpretação Judicial. As Cortes Constitucionais.

A interpretação constitucional que se realiza pelos tribunais é da maior importância, principalmente nos Estados que se filiaram à corrente da revisão judicial dos atos de autoridade, ante os juizes ordinários, segundo o

(43) A Função dos Tribunais Quase-Judiciais, Revista de Direito Econômico, Publicação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, Ano II, Número 4, ago./76, pág. 74.

(44) Revista de Direito Econômico, cit., pág. 80.

(45) Maurice Bourquin, La Protection des Droits individuels contre les Abus de Pouvoir de l'Autorité administrative en Belgique, Etablissements Emille Bruylant, Bruxelas, 1912, pág. 73.

exemplo da Constituição dos Estados Unidos, ou mesmo perante um Tribunal especializado em matéria constitucional, como ocorreu com a Constituição austríaca de 1920-1929, modelos que são sempre citados. (46)

Jay A. Sigler e Robert S. Getz, a respeito do "Judicial Review" e "Interpretation", acentuam a posição de destaque assumida pela Suprema Corte:

"Among other things, the Constitution is a legal document. It is not surprising, then, that the federal courts, especially the Supreme Court, have tended to treat the document as they do other texts; that is, they have assumed the power to interpret the technical meaning of the constitutional text. (Courts regularly interpret contracts, wills, and deeds; if they refused to do so, business would grind to a halt.) Other political agencies also interpret the Constitution, however, and the analogy of the Constitution to other legal documents in a imperfect one; for when one branch of government interprets the Constitution in a manner different from that of the courts, a collision can be produced. To avoid this, and to assert the supremacy of their interpretation, American courts have developed the doctrine of judicial review, which permits them to strike down the action of another branch of government as "unconstitutional". Through this exercise of judicial review and by the more normal process of judicial interpretation, the Constitution has been greatly altered and expanded.

Judicial expansion of the Constitution by interpretation of its clauses has been a continual process." (47)

A interpretação judicial tem grande importância na evolução do sistema político americano. O fator pessoal, através de alguns magistrados, cujas biografias revelam a importância destes nomes na revisão judicial, serve para revelar como notáveis personalidades influenciaram, através de decisões históricas vinculadas às atribuições da Corte como intérprete da Constituição:

— a Corte anterior a Marshall, tem pouco destaque;

— a Corte de Marshall, em quatro célebres casos, afirma com êxito o poder da Corte para declarar a inconstitucionalidade das leis (*Marbury v. Madison*, 1803; *McCulloch v. Maryland*, 1819; *Gibbons v. Ogden*, 1824; *Dartmouth v. Woodward*, 1819);

— a Corte de Taney, pela decisão infeliz no caso *Dred Scott*, ficou desprestigiada;

— a Corte posterior à Guerra Civil, os presidentes Salmón P. Chase, Morrison R. Waite e Malville H. Fuller, bem abaixo do valor de Marshall;

(46) Hector Fix Zamudio, ob. cit., pág. 93.

(47) Jay A. Sigler and Robert S. Getz, *Contemporary American Government: Problems and Prospects*, Van Nostrand Reinhold Company, New York, pág. 139.

- as décadas de Holmes;
- a Corte de Hughes e o New Deal.

Para Herman Pritchett, no sistema constitucional norte-americano, as importantes questões de política assumem a forma de um litígio, pelo que chegam à Suprema Corte para decisão. Por isto, a Corte, no seu entender, é fundamentalmente um tribunal de Direito Público, cuja função superior é determinar o sentido corrente da Constituição. (48)

Charles A. Beard mostra como não foi tranqüila a questão sobre a competência do Judiciário para apreciar a legislação. A questão situou-se no debate sobre se os constituintes teriam afirmado, de forma inequívoca, a competência da Suprema Corte para apreciar as decisões do Congresso e declará-las nulas, quando julgadas inconstitucionais.

Os intérpretes procuraram ir às intenções originais. Não encontraram registro completo da Convenção Constituinte, principal fonte para esclarecer a questão. Os comentaristas definiram quatro teses sobre a pretensão dos constituintes em definir os poderes do Judiciário.

1º — Os constituintes decidiram conscientemente que o Judiciário teria o poder de julgar os atos do Congresso, e isto afirmaram com palavras expressas no texto da Constituição.

2º — Os constituintes julgaram, conscientemente, que tal poder decorria, por dedução normal, dos demais poderes conferidos à Corte e da lógica de uma Constituição escrita definindo um governo com limitação de poderes.

3º — Os constituintes ficaram indecisos sobre se deveriam outorgar à Corte o poder de revisão. A Convenção terminou os trabalhos sem uma resolução consciente sobre a matéria, e os convencionais se separaram com opiniões diferentes sobre se a revisão pelo Judiciário seria admitida ou não.

4º — Os constituintes examinaram a questão da revisão pelo Judiciário e decidiram omiti-la da Constituição, porque a maioria não estava convencida de seu acerto ou necessidade.”

Indaga Beard se os autores da Constituição Federal teriam a intenção de outorgar à Suprema Corte o direito de julgar a constitucionalidade dos atos do Congresso. Respondendo esta questão, mostra que publicistas em assuntos jurídicos concluem que a anulação das leis pelo Judiciário Fe-

(48) C. Herman Pritchett, ob. cit., págs. 70/78; Pedro Salvetti Netto, *Curso de Ciência Política. Teoria do Estado*, vol. I, Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1975, págs. 233/236; C. A. Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Forense, Rio, 1968, 2ª ed., págs. 33/41; Ivo Dantas, *Ciência Política. Teoria do Poder e da Constituição*, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976, págs. 85/97; Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido*, Forense, Rio de Janeiro, 1968, 1ª ed., págs. 42/57; Rui Barbosa, *Coletânea Jurídica*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1928, págs. 236/206.

deral não é autorizada, nem pela letra da lei, nem pelo espírito da Constituição, sendo, por conseguinte, usurpação. (49)

Estas conclusões não impedem, entretanto, que trabalhos dedicados ao assunto afirmem que, após o caso "Marbury v. Madison", em que a Suprema Corte aplicou pela primeira vez o princípio da revisão judicial a uma lei do Congresso Nacional, ficou definida esta competência de última instância.

É característica deste sistema que a legalidade de qualquer ato pode ser submetida a juízo, sendo que existem normas típicas para sua apresentação:

a) **Writ of Mandamus:** no caso "Kentucky v. Denison" (1861), o Estado de Kentucky peticionou um "writ of mandamus", ordenando ao governador de Ohio que entregasse um fugitivo da justiça de Kentucky, que mantinha jurisdição sobre o crime cometido. Esta decisão e outras, como "Mahon v. Justice", constituem formas de ação em "casos de segregação", em que os Tribunais federais, com base em decisão da Suprema Corte, admitem negros em escolas de brancos.

b) **Injunction, Writ de Prohibición:** tem por finalidade peticionar ao tribunal que proíba uma ação, com a alegação de que pode ocasionar um dano irreparável. A decisão de "Mississippi v. Johnson" (1867) ocasionou uma demanda para proibir ao Presidente que desse cumprimento às leis de reconstrução, alegando sua inconstitucionalidade. A Corte decidiu que a justiça não podia, de acordo com a regra geral, interferir no exercício de certa discricção do Presidente, no cumprimento de suas tarefas.

c) **Habeas Corpus:** ainda que o direito de **habeas corpus**, garantido pela Constituição estatal, seja suprimido, os tribunais federais têm poder para aceitar petição, baseada na alegação de que a detenção viola a Emenda XIV.

O caso "Mooney v. Holchan" (1935) — líder operário condenado na Califórnia em 1916, por ter atirado bomba, que matou várias pessoas, após muitos anos de sua condenação, apresentou na Suprema Corte um pedido de **habeas corpus**. A Suprema Corte indeferiu, afirmando que Mooney não esgotara os procedimentos de que dispunha — apelação — perante os tribunais estaduais.

d) **Declaratory judgment:** adotado na maioria dos Estados americanos, teve sua origem no Direito Romano. Entende-se que não é essencial que haja "querela", para que o tribunal assuma jurisdição, pois a declaração basta por si mesma. Ao contrário da "injunction", não é preciso demonstrar danos ou prejuízos, nem ameaça imediata de um dano irreparável.

No início, foi utilizado para fixar direitos de propriedade, especialmente com a descoberta de minas (Petition of Kariher, 1925). Medida reconhecida como um meio de determinar direitos, de acordo com os mesmos procedimentos utilizados em caso que invoca a proteção do devido processo legal.

(49) Charles A. Beard, *A Suprema Corte e a Constituição*, Forense, Rio, 1965, 1ª ed., págs. 10, 13, 15, 45 e ss.

O exame destes assuntos nos permitem salientar as atribuições da Suprema Corte, na interpretação da Constituição e das leis.

Citando Dodd — “Cases on Constitutional Law”, St. Paul, Minn. 1954, pág. 71 —, conclui com ele Carlos A. Gaviola: “as Constituições usam geralmente linguagem ampla, que logra seu sentido através da interpretação judicial. Algumas cláusulas são mais precisas e deixam pouco lugar à interpretação, ao passo que outras são mais ambíguas ou indefinidas, pelo que deixam muita liberdade a respeito do assunto.”

As cláusulas bem definidas apresentam um “standard”, objetivo, capaz de ser aplicado pelo tribunal, sem maior dúvida quanto à sua interpretação, alcance ou limitação.

Outras cláusulas são de amplo alcance e pouco definidas, o que dificulta os processos de interpretação. ⁽⁵⁰⁾

A interpretação constitucional, através do pronunciamento de órgãos jurisdicionais, é de grande importância nos Estados Unidos, tendo em vista o papel que a Corte Suprema exerce no processo político americano:

“The argument the Court is politically involved is hardly new; “th’ Suprem Court follows th’ illiction returns”, said Mr. Dooley at the turn of the century. The current emphasis is, of course, considerably more sophisticated in technique, although, if we believe some of the lawyer-commentators on it, it is even more naïve in its conclusions.

Perhaps the most explicit statement along these lines is that of Martin Shapiro, who asserts unequivocally that the Court is not “above and beyond the political process and able to protect it impartially”, as other defenders, especially Euge V. Rostow, have claimed. Shapiro says, “If the Court is outside the process, then it is undemocratic. . . . If it is . . . outside the process then it should not make policy decisions. In his view it is precisely because the Court partakes of the political process that it may take a policy role.” ⁽⁵¹⁾

Charles Evans Hughes, ex-presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmava que este tribunal é peculiarmente norte-americano em sua concepção e em suas funções, devendo pouco às instituições judiciais anteriores, a não ser a tradição do direito e dos procedimentos judiciais anglo-saxônicos. ⁽⁵²⁾

(50) Carlos A. Gaviola, *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Tipográfica Editora Argentina S/A, Buenos Aires, 1965, págs. 29 a 52.

(51) Samuel Krislow, *The Supreme Court and Political Freedom*, The Free Press, New York, 1968, pág. 14.

(52) Carlos Sanchez Viamonte, *El Constitucionalismo. Sus Problemas. El Orden Jurídico Positivo. Supremacia, Defensa y Vigencia de la Constitución*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 215.

Alípio Silveira, ao acentuar a posição da Suprema Corte na remodelagem da democracia americana, seus poderes criadores, a Constituição "Invisível" e outros temas, mostra a posição que este Colégio Judicial teve na interpretação constitucional:

"A Suprema Corte norte-americana, ao interpretar a Constituição Federal, não se limitou a um trabalho gramatical e silogístico de exegese dos textos.

Não. As mãos dos magistrados os textos constitucionais se desdobraram num sentido mais amplo (do que aquele fixado pela angústia verbal) através do processo de "construção". Além disso, as lacunas e omissões do legislador foram sendo preenchidas por construções hermenêuticas audaciosas e originais.

Acentuemos, de início, que há íntima relação entre os poderes criadores em matéria constitucional e o controle da constitucionalidade. Foi principalmente a tarefa do controle da constitucionalidade que fez surgir essa criação de Direito Constitucional. E isto se deu, não só porque esse controle exige a interpretação da Constituição, como ainda porque a maioria dos casos de interpretação da Constituição pelos tribunais se destina justamente à operação desse controle. ⁽⁵³⁾

A importância da interpretação judicial, através da evolução do emprego da cláusula do "Due process of law", que é compreendida como restrição ao arbítrio do Legislativo, é revelada quando este "standard" é apontado como guia para os tribunais. Esta expressão serviu de fundamento para a construção de jurisprudência de proteção dos direitos do indivíduo, principalmente em matéria de garantias processuais, tema fundamental para configurar um sistema constitucional democrático:

"Desse modo, a função política do Poder Judiciário americano (função conservadora e unificadora) encontrou o seu pleno instrumento, de que o "due process of law" foi parte construtiva fundamental." ⁽⁵⁴⁾

A moderna doutrina do "Due process of law" permitiu que o controle judicial não ficasse dentro de limites definidos e mencionáveis, variando a extensão em que a Corte apreciaria os casos que lhe fossem enviados: "Deixou de ser uma limitação à legislação social, à decretação de impostos e tarifas e à ação regulamentadora do governo em geral; 2) passou a ser

(53) Alípio Silveira, *A Suprema Corte na Remodelagem da Democracia Americana, em Estudos Jurídicos em Homenagem a Vicente Rão*; Editora Resenha Universitária, São Paulo, 1976, pág. 65.

(54) F. C. de San Tiago Dantas, *Problemas de Direito Positivo. Estudos e Pareceres*, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1953, págs. 37/64.

aplicada como proteção nos casos que envolvam a liberdade de expressão, reunião e religiosa, inclusive os direitos do trabalho, através da aplicação de novos conceitos da liberdade de palavra; 3) restringe-se a aplicação da cláusula processual de "due process" como limite à ação administrativa, salvo nos casos de deportação de estrangeiros; 4) aceita-se sua invocação para proteger, de modo geral, as pessoas acusadas de crime". (56)

A orientação política da Suprema Corte de Washington tem sofrido diversas modificações, inclusive com repercussões em matéria recursal. A substituição do antigo sistema de recursos, através do writ of certiorari ou da apelação, dotando-a de poder discricionário para determinar se uma causa apresenta questões de interesse público, para que justifique que se avoque seu conhecimento, é tema de grande riqueza na interpretação da orientação deste órgão.

A controvérsia sobre as propostas de Franklin Roosevelt, para aumentar o número de membros da Corte, tinha como finalidade valorizar a ação da Suprema Corte. Após haver contribuído para formar a unidade política e econômica daquele Estado, ela, que exerceu enorme poder desde o século XIX até 1935, limitando a aplicação da legislação federal e local, passa a atuar, de maneira decisiva, nas modificações de ordem social, para manutenção de vida comum justa e ordenada.

Em 17 de maio de 1954, o Justice Warren proferiu sentença unânime, condenando como inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas (Brown v. Board of Education, 347 U.S.).

Dentre as teses mais importantes expostas na Corte, nos últimos anos, está a de Hugo Black, acerca do caráter "absoluto" dos direitos pessoais.

Para ele os Tribunais não têm o direito, nem a autoridade para rever decisão original, que consagra através da Constituição os direitos fundamentais.

A Corte Suprema tem posição fundamental no que toca ao direito à intimidade, "privacy", nas áreas da vida pessoal em que o Estado, e conseqüentemente a lei, não pode transpor. Invocando este direito, a Corte declarou nula, em 1965, uma lei do Estado de Maryland que capitulava o delito de uso de práticas anticoncepcionais.

As diversas decisões da Corte Suprema, nos assuntos os mais variados, mostram a sua influência na orientação do regime político.

Burdeau utiliza a expressão "Justiça Política" para mostrar a sua importância nos diversos regimes políticos:

"Tous les régimes ont institué des juridictions spéciales pour connaître des activités politiques contraires à l'intérêt général de l'État. L'existence de cette justice politique se justifie au triple

(56) Léda Boechat Rodrigues, *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*, Edição Revista Forense, 1968, pág. 229.

point de vue de l'intérêt du regime, car on estime que les juges ordinaires n'auraient pas l'indépendance nécessaire à l'égard d'hommes qui ont été au pouvoir ou qui peuvent y revenir, de l'intérêt de la magistrature qui exige qu'elle ne soit pas mêlée aux controverses politiques, de l'intérêt des accusés enfin dont l'activité doit pouvoir être appréciée par un organe compétent pour connaître de toutes les circonstances.

Ces justifications n'excluent cependant pas le caractère de juridiction d'exception des organes de la justice politique." (56)

Apesar da importância atingida pela Suprema Corte no sistema político americano, outros Estados preferiram instituir um órgão jurisdicional especial, com competência exclusiva.

Kelsen foi o iniciador do modelo europeu do Tribunal Constitucional, divulgando, nessa ocasião, o objeto da Justiça Constitucional, (57) cuja função pode ser enumerada de maneira sintética:

a) tutela dos direitos fundamentais, frente à disposição dos poderes públicos que venha torná-los ineficazes;

b) resolução dos conflitos de atribuições entre os órgãos do Estado, no exercício de suas funções;

c) controle das atividades ilícitas dos titulares dos órgãos constitucionais;

d) controle sobre a legitimidade dos partidos políticos;

e) controle da constitucionalidade das leis;

f) litígios entre Estado Federal e os Estados-membros;

g) recursos dos particulares contra a lesão aos direitos constitucionais.

O Direito comparado mostra como a Justiça Constitucional demonstra uma das experiências mais ricas, no que toca à interpretação das experiências jurídicas contemporâneas.

A Justiça Constitucional, através da jurisprudência constitucional, na tutela do sistema normativo, com apoio em princípio e normas constitucionais, atualiza, também, o ordenamento jurídico.

A Justiça Constitucional tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado. Depende de uma forma típica processual, que aprecia matéria constitucional.

(56) Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, pág. 612.

(57) Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique En France et à L'Étranger*, Paris, 1928, pág. 227; Mauro Cappelletti, *Il Controllo Giurisdizionale di Costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milão, 1973, pág. 4; Salvo de Figueiredo Teixeira, *A Organização Judiciária na Alemanha Ocidental*, *Revista de Direito Processual*, Uberaba, vol. 3, 3º trim., 1975, pág. 192.

Este sistema tem precedentes na Constituição austríaca de 1920 e na da Espanha de 1931, com a criação de novos órgãos constitucionais, com características próprias, recebendo a denominação de **Tribunais** ou **Cortes Constitucionais**. ⁽⁵⁸⁾

Meuccio Ruini, nos trabalhos da Constituinte italiana, deu destaque à necessidade de se confiar a um órgão novo a função de controlar as leis. Afirmou que, adotando-se um sistema de Constituição rígida, em lugar de confiar o controle à magistratura ordinária, seria mais de acordo com os princípios democráticos, a criação de um órgão especial: a Corte Constitucional. ⁽⁵⁹⁾

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha foi criado pela Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, que se contentou em editar os princípios relativos à composição e competência.

A lei de 12 de março de 1951 fez desse tribunal uma das peças mestras do edifício constitucional de Bonn:

“Selon le § 1^{er} de cette loi, ce tribunal est une “Cour fédérale autonome et indépendante à l’égard de tous les autres organes constitutionnels” et on en a dédui qu’il constituait un véritable pouvoir constitutionnel et qu’il devait, par exemple, avoir son budget propre comme le Parlement lui-même. Selon le § 31, “les décisions du Tribunal constitutionnel fédéral s’imposent aux organes constitutionnels de la Fédération et des Lânder ainsi qu’à tous les tribunaux et à toutes les autorités” (alinéa I); cette juridiction apparaît ainsi comme la plus haute autorité de la République Fédérale. Enfin, le § 90 de cette loi a permis aux simples citoyens de saisir eux-mêmes le tribunal lorsqu’ils prétendent être lésés dans un de leurs droits fondamentaux, ce qui transformait profondément le caractère de cette juridiction; ce recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) des particuliers n’est devenu une attribution prévue par la Loi fondamentale que depuis la révision intervenue en 1969. Ces trois dispositions de la loi de 1951 ont permis au Tribunal constitutionnel fédéral de prendre une importance croissante dans la vie politique allemande et de nombreux auteurs y ont vu le signe de l’apparition d’un véritable État des juges (Richterstaat).” ⁽⁶⁰⁾

No Chile, a Reforma Constitucional de 1970 criou o Tribunal Constitucional, órgão sem precedentes na história política daquele Estado, com

(58) José Luiz de Anhaia Mello. *Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição. As Cortes Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

(59) Dionísio Petriella, *La Constitución de la República Italiana*, Asociacion Dante Alighieri, Buenos Aires, 1957, pág. 244; Celso Ribeiro Bastos, *Elementos de Direito Constitucional*, Edição Saraiva, 1975, págs. 30/31; Giuseppe Branca, *Collegialità nei Giudizi della Corte Costituzionale*, Cedam, Padova, 1970.

(60) Michel Fromont, *République Fédérale Allemande. Le Tribunal Constitutionnel Fédéral en 1970*, Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à L’Etranger, nov., dez., 1971, n.º 6, págs. 1411/1412.

quatro características: é um órgão Estatal, Constitucional, Jurisdicional e Autônomo. (61)

João Mangabeira, relator-geral do anteprojeto governamental apresentado à Assembléia Nacional Constituinte em 1933, em capítulo denominado "O Supremo Tribunal, como grande Órgão Político", ao fazer referência à expressão que o "justice" Harlan, empregou no caso *Downes v. Bidwell*, qualificando a Suprema Corte, como "tremendous power", resultado da visão larga e profunda de um "estadista judiciário", mostra como, àquela época, já se conduzia para o destaque da função política desta instituição, no Brasil:

"Inscrevendo no pórtico do Poder Judiciário que "o seu órgão supremo terá por missão principal manter pela jurisprudência a unidade do direito e interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro", o anteprojeto definia e realçava, desde logo, a formidável função política desta entidade que declara, sem apelo aos indivíduos, aos outros Poderes, aos Estados e à União, qual, no caso controvertido, a regra a que eles se devem submeter, obedientes ao mandamento da Carta soberana." (62)

Focalizando aspectos do Poder Judiciário americano e brasileiro, afirma Paulino Jacques que, lá como aqui, foi sempre um poder político de direito e de fato. Entretanto, o exame da Suprema Corte americana, através de sua participação na evolução daquele regime político, mostra posição de maior relevo nesta matéria. (63)

Não se pode negar a elevada função do Supremo Tribunal Federal, principalmente como órgão encarregado de exercer a vigilância e controle da validade das leis, face à Constituição, bem como de defender o Direito Federal em face do Estadual e Municipal, contribuindo para interpretação uniforme do sistema jurídico nacional ou, ainda, como instrumento de proteção das garantias constitucionais, pelo que podemos constatar por julgados daquela Corte, na área da liberdade de pensamento. (64)

(61) Enrique Evans de la Cuadra, *Chile, hacia una Constitución Contemporánea, Tres reformas Constitucionales*, Editorial Jurídica do Chile, Santiago do Chile, 1973, págs. 63/65.

(62) João Mangabeira, *Em torno da Constituição*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, pág. 102.

(63) Paulino Jacques, *Aspectos do Poder Judiciário Americano e Brasileiro*, "Revista de Informação Legislativa", Senado Federal, out./dez., Ano VI, Número 24, pág. 13.

(64) José Afonso da Silva, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro* Editora Revista dos Tribunais, 1963, pág. 17; João Alfredo de Souza Montenegro, *Do Recurso Extraordinário (Conceituação, Pressupostos e Casuística)*, Fortaleza, Ceará, 1969, págs. 9 a 16; Roberto Rosas, *Processos da Competência do Supremo Tribunal Federal*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971, págs. 25/43; Osvaldo Trigueiro do Vale, *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional, Civilização Brasileira*, 1976, pág. Prefácio; Dalmo de Abreu Dallari, *O Controle de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, LTR Editora Ltda., São Paulo, 1971.

Francisco Campos, examinando a competência do Supremo Tribunal Federal e o seu caráter constitucional, em trabalho importante para o estudo da interpretação das leis, acentua que existem diferenças entre o sistema brasileiro e o americano:

“Para que, portanto, o recurso à Constituição americana e à jurisprudência da Suprema Corte pudesse servir-nos de elemento de interpretação do nosso texto constitucional, seria necessário que os dois textos se equivalessem em toda a sua extensão, e que o mesmo motivo extraído da Constituição pela jurisprudência americana, pudesse sê-lo igualmente da nossa pelos nossos intérpretes. Assim não é, entretanto, e, se o fosse, a lógica do argumento deveria conduzir a colocar no arbítrio do Congresso toda a jurisdição de apelação do Supremo Tribunal.” (65)

Alfredo Buzaid afirma que o Supremo Tribunal Federal tem, no Brasil, caráter híbrido:

a) assemelha-se ao Tribunal de Revisão da Alemanha, quando julga, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes;

b) exerce a função de Tribunal de instância superior, ao julgar mandado de segurança e *habeas corpus*, decididos em única e última instância pelos tribunais locais ou federais, quando denegatória a sentença; bem assim ao julgar recurso ordinário as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

c) assume a índole de Corte Constitucional, ao julgar ação proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto a declaração principal de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual. (66)

O Construtivismo Judiciário, o poder normativo do Supremo Tribunal Federal, ou a Criação de uma Corte Constitucional, são temas que nos levam também às reflexões em torno das principais questões ligadas à Hermenêutica. (67)

(65) Francisco Campos, *Direito Constitucional*, Livraria Freitas Bastos S/A, São Paulo, 1956, vol. II, págs. 347/348.

(66) Alfredo Buzaid, *Nova Conceituação do Recurso Extraordinário na Constituição do Brasil*, Revista da Faculdade de Direito, Imprensa da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Ano 11, n.º 11, de 1968, pág. 54.

(67) Luiz Antônio Severo da Costa, *A Reforma do Judiciário e outros estudos*, Editor Borsoli, Rio de Janeiro, 1975, págs. 40 e ss.

Aliomar Baleeiro, que salienta a função política do S.T.F., defende a transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, nos moldes da Corte Suprema dos Estados Unidos, com a missão de eliminar os conflitos de poderes e garantir os direitos civis, ocasião em que salienta:

“Já é tempo de desenvolver-se, no Brasil, a crítica judiciária das Universidades, Institutos de Advogados, livros e revistas especializados, a exemplo do que ocorre na poderosa república irmã do Norte, onde a bibliografia sobre a Corte Suprema acompanha, passo a passo, as diretrizes e tendências dos julgados em cada fase em que periodizam a obra daquela instituição. Isso explica que a nomeação de um novo “Justice”, lá é um assunto que empolga toda a nação e suscita os mais vivos e francos debates sobre as opiniões e juízos de valor dos candidatos”. (68)

Na França, o “Comitê Constitucional” de 1946, no que toca às suas atribuições, estava assentado em dupla missão:

— fazia o papel preliminar de instância ou de agente de conciliação, para estabelecer o acordo entre a Assembléia Nacional e o Conselho da República;

— seguidamente, revestido de autoridade jurisdicional, estabelecia a conformidade da lei com a Constituição.

Os artigos 91 e 93 da Constituição viam neste procedimento uma espécie de revisão da Constituição. (69)

A Quinta República, através da Constituição de 1958, realizou uma criação original, o “Conselho Constitucional”, dotado de múltiplas competências, que o tornam um “regulador” das atividades dos poderes públicos.

O “Conselho Constitucional” dispõe de dupla missão jurisdicional:

— controla as consultas do corpo eleitoral;

— conduz-se como tutor do parlamento.

Este órgão vela pela regularidade dos referendos e eleições, daí M. Debré denominá-lo de “instrumento moralizador”. (70)

(68) Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, julho de 1972, n.º 34, pág. 39; *idem*, *Uma Nova Estrutura do Judiciário e o STF*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, julho de 1975, n.º 41, pág. 93; *O problema institucional*, — 6 — Baleeiro sugere a criação de uma Corte Constitucional, Estado de São Paulo, 17 de maio de 1975, pág. 4.

(69) Jeanne Lemasurier, *La Constitution de 1946 et le Contrôle de Constitutionnalité des Lois*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953, págs. 219 a 231.

(70) G. Dupuis, J. Georgel, J. Moreau, *Le Conseil Constitutionnel*, Librairie Armand Colin, Paris, 1970, pág. 5.

O exame da jurisprudência do "Conselho Constitucional" mostra a sua importância, quando numerosas de suas decisões velam pelas garantias fundamentais dos cidadãos, no exercício de suas liberdades públicas. (71)

O exame destas instituições, de grande importância nos diversos regimes políticos, torna-se cada vez mais necessário, quando muitos acentuam a necessidade de adaptação dos diversos órgãos políticos às estruturas sociais, econômicas e administrativas de nossa época.

8. Interpretação Doutrinária

Savigny mostrou a influência que os juristas têm sobre o direito positivo, o que qualifica de Direito Científico.

É bem visível a influência das contribuições doutrinárias na interpretação da Constituição. Como exemplo, no México, cita Hector Fix Zamudio como a interpretação das disposições constitucionais efetuadas pelos tratadistas levou à criação dos tribunais administrativos, antes de serem reconhecidos expressamente pela Constituição. (72)

A doutrina pode ser definida em dois sentidos complementares:

— como o conjunto de opiniões emitidas sobre o Direito, por pessoas cuja função é estudá-lo, como os juristas ou juristas; ou

— o corpo de juristas, professores, consultores, doutores em Direito, autores de teses ou monografias, advogados, magistrados, que expõem o Direito positivo, dando sua opinião sobre a interpretação de uma lei sobre o valor de uma decisão da justiça. (73)

Raymond Saleilles, de quem François Geny foi discípulo e amigo, inaugurou o período da escola científica. Mas a posição de Geny, ao estudar o método de interpretação das leis, quando escreveu sobre a livre investigação científica, merece ser destacada:

"Llega necesariamente un momento en que el intérprete, desprovisto de todo apoyo formal, debe entregarse a sí mismo para hallar la decisión que no puede rehusar (art. 49, Cód. Civ.). Además, aunque él escrute por la interpretación propiamente dicha las disposiciones, exteriores a su juicio, para descubrir la dirección que en ellas se contiene, el jurista no juega un papel puramente receptivo o mecánico. Sus facultades propias entran en acción para descubrir y emplear, a propósito de la fórmula que aplica, los elementos objetivos de todo género (v. anteriormente, números 102, 105, 119 y 122) que la comunican valor y la fecundan. De suerte, que tomando en su conjunto la organización jurídica positiva, podemos decir que la posición central y normal del

(71) Michel Dran, *Le Contrôle Juridictionnel et la Garantie des Libertés Publiques*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1966, págs. 60/63.

(72) Hector Fix Zamudio, ob. cit., págs. 99/101.

(73) Jean Brethe de la Gressaye, Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction Général a L'Étude du Droit*, Recueil Sirey, Paris, 1947, pág. 287.

intérprete consiste en una actividad personal, de la cual le interesa conocer los precedentes.” (74)

Esta missão do intérprete contribui sobremaneira para a criação de desenvolvimento do direito. Através da livre investigação científica, processo pelo qual o intérprete substitui a ação própria de uma autoridade positiva e apóia-se nos elementos objetivos que só a ciência pode revelar, a Ciência Jurídica enriquece-se.

Os tratadistas científicos, conforme mostra José Zafra Valverde, têm grande missão a cumprir neste tema. O domínio dos conceitos técnico-científicos, a capacidade de construção sistemática, no manejo do ordenamento jurídico, facilita a elucidação das disposições constitucionais. (75)

CONCLUSÃO

A interpretação constitucional, além de pedir conhecimento técnico elevado, exige sensibilidade jurídica, política e social, para que possamos penetrar no verdadeiro sentido das disposições constitucionais e os reflexos das mesmas no ordenamento jurídico global.

Para José Zafra Valverde, a interpretação constitucional é um dos temas mais delicados da Ciência do Direito Político, apesar de reconhecer que para chegar a esta deve-se partir da interpretação jurídica em geral. (76)

O intérprete deve buscar a conexão sistemática das diversas partes da Constituição, no exame dos aspectos orgânico-estruturais e funcional-atributivos.

A análise da jurisprudência constitucional serve para refletir a missão política e institucional dos Tribunais Constitucionais, bem como a influência dos mesmos no desenvolvimento do regime político.

O crescimento das atividades do Estado, bem como a complexidade da legislação, como ocorre com as leis econômicas, ou a política de planeamento, tem dado superfície ao estudo da questão da “pluralidade de tribunais”, com especialização definida, que não podem desconhecer os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais. (77)

(74) Francisco Geny, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Editorial Reus (S/A), Madrid, 1925, págs. 520/521.

(75) José Zafra Valverde, *La Interpretación de las Constituciones*, Revista de Estudios Políticos, nov/dez., 1971, n.º 180, pág. 49.

(76) José Zafra Valverde, *La Interpretación de las Constituciones*, ob. cit., págs. 86/90.

(77) Cesar Enrique Romero, *Introducción al Derecho Constitucional*, Victor P. de Zavalla, Editor, Buenos Aires, 1973, págs. 145/146; Alejandro Ríos Espinoza, *La Descentralización del Poder Judicial Federal*, Revista de la Facultad de Derecho de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XXII, jan./fev., 1972, números 85/86, págs. 220/221; Lourival Vilanova, *Proteção Jurisdicional dos Direitos numa Sociedade em Desenvolvimento*, Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Pernambuco, 1970, pág. 45/46.

A interpretação da Constituição, além de levar a um mero fim especulativo de conhecimento, conduz, normalmente, a um objetivo prático de aplicação das normas, daí o interesse de vários autores em fornecer estudos sobre técnica constitucional, sua formulação e aplicação, bem como a análise dos princípios constitucionais. (78)

Luis Recasens Siches fala em um "Direito Novo", tanto pela via legislativa e regulamentar, como também pela via consuetudinária e jurisprudencial, independente do ideário comunista ou daquele dos princípios que inspiraram as democracias ocidentais, com o reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais do homem, ao lado do princípio do "bem-estar para todos", cuja influência se faz sentir na legislação dos diversos Estados:

"Tal espírito de justicia social ha determinado que en las constituciones de la inmensa mayoria de países, a los derechos fundamentales del hombre (libertades políticas) y del ciudadano (derechos democráticos) se haya añadido una larga lista de los llamados "derechos sociales, económicos y de educación." (79)

As transformações ocorridas no Direito Privado, o surgimento de novos ramos do Direito Público, o Direito Econômico, o Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e outros ramos, que cobrem áreas extensas das relações humanas, com a finalidade de reorganizar a convivência e a cooperação, colocam diversas controvérsias, que precisam ser objeto de interpretação constitucional e jurídica em geral. (80)

Para este autor, os principais problemas que surgem da aplicação jurisdicional (judicial ou administrativa) do Direito são essencialmente os mesmos em todos os sistemas jurídicos.

Passando pelo utilitarismo de Bentham, pelo teleologismo de Ihering, pela "experiência prática" de Holmes, pela "livre investigação científica de Geny", pela "ofensiva sociologista" de Ehrlich, pelo "Direito livre" na Alemanha, pela "jurisprudência de interesse", pela "jurisprudência sociológica" nos Estados Unidos (Benjamin Cardozo, Pound), pela "lógica experimental" de John Dewey, pela "revolução" propugnada por Joaquim Dualde, pelo movimento do "realismo jurídico" norte-americano, ou pela crítica de Carlos Cossio, ou a função criadora da atividade judicial, mostra Recasens Siches a pluralidade de métodos de interpretação, e como o tema suscita até hoje as mais diversas indagações.

(78) Germán J. Bidart Campos, *Filosofía del Derecho Constitucional*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1969, pág. 186; Segundo V. Linares Quintana, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, Tomo I, pág. 394; Rafael Bielsa, *Metodología Jurídica*, Librería Y Editorial Castellví S/A, Santa Fé, Argentina, 1961, págs. 643 e ss.

(79) Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956, pág. 13 e 14.

(80) Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, ob cit., págs. 11, 12, 17.

Situação histórica da teoria pura do Direito

NELSON SALDANHA

(Da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco)

Abordagem e tematização

Para quem estuda a teoria geral do Direito, o nome de Hans Kelsen se depara como uma imagem constante: isto deve caber para quase todos os quadrantes do mundo, sobretudo no âmbito da cultura ocidental, e deve ser verdade há cerca de duas gerações.

Não falta quem arredonde aquela imagem numa dominância incontestada, considerando a teoria pura do Direito a mais importante doutrina jurídica ou filosófico-jurídica do século vinte. ⁽¹⁾ Os alunos deparam a cada passo nos compêndios o nome do pensador; e os que se adentram nas leituras vão encontrando, através de tratados e de ensaios, referências à sua concepção, mesmo as feitas no intuito de negá-la. De certa forma, a teoria pura do Direito — não obra integral do gênio de Kelsen mas criação basicamente e maiormente sua — constitui a mais coerente e mais impressionante formulação de uma análise geral da problemática jurídica até hoje elaborada. Isto não quer dizer — cabe ressaltar — que esteja propriamente “certa”, ou que persuada e convença inteiramente; refiro-me, repito, à sua coerência e à sua grandeza global como descrição do jurídico e do conhecimento jurídico.

Alusão à circunstância histórica

Tentaremos aqui, evidentemente com certa brevidade, situar a obra e o pensamento de Kelsen na circunstância de tempo, bem como de

(1) WILLIAM EBENSTEIN, *The pure theory of Law*, ed. da Universidade de Wisconsin, 1945, págs. IX e XI.

espaço, em que se formou e desenvolveu. O purismo metodológico Kelseniano, que não tardou a ir além do metodológico (embora não de todo, conforme veremos a seguir), se enraíza numa seqüência de tentativas germânicas no sentido de dar ao Direito Público um embasamento mais formal que político. Aquilo que se chama genericamente "teoria de Kelsen" abriga algumas coisas além do purismo metodológico e do normativo doutrinário: abriga, por exemplo, uma importante valorização do relativismo filosófico, e abriga observações eruditas e sugestivas sobre a evolução do pensamento ético, jurídico e político. Mas o purismo e o normativismo, tornados base e centro de sua *teoria* mesma do Direito e do Estado, absorvem e dominam sistematicamente os outros ângulos de seu pensamento. Sua valorização do relativismo aparece, já, na postulação de uma postura isenta e neutra — porque não ideológica — na tarefa prévia de encarar e definir a temática do jurídico: sem interpenetrações com temáticas sociológicas, psicológicas, políticas. E aparece, no famoso ensaio sobre a democracia (2), como oposição a todo dogmatismo, este considerado embaixador de intolerância e de autocracia.

Genealogia da teoria pura

Mas, como dizíamos, há uma linha de autores, principalmente germânicos, onde se rastreiam precursores da atitude Kelseniana no sentido de *juridicizar* formalisticamente o estudo do Direito e do Estado. Kelsen, além de situar-se na esteira do neo-Kantismo (e o neo-Kantismo em diversos matizes deve ter sido uma de suas ambiências acadêmicas de juventude), situa-se desde logo nesta esteira.

Trata-se desde logo da obra de Gerber, que em 1865 lançava seus *Grundzuege eines Systems des deutschen Staatsrecht*, em que se propunha expor o Direito Público "de um ponto de vista exclusivamente jurídico", e não do filosófico nem do político (3). A este esforço de Gerber, que procurou impor à problemática do Estado conceitos estritamente jurídicos, inclusive no tocante à idéia de poder estatal e de personalidade do Estado, seguiu-se o de Max Seydel. Se bem negando ao Estado personalidade jurídica, atributo que só reconhecia nos indivíduos, Seydel se preocupou essencialmente com a conceituação, na teoria do Estado; e, se seus conceitos eram quase sempre calcados no Direito Civil, esta espécie de privatização terminológica não impediu que seu ensaio fosse altamente influente. Também devemos mencionar

(2) *Esencia y valor de la democracia*, trad. Luengo Tapia e Legas y Lacambra, ed. Labor, Barcelona, 1934.

(3) Cf. FERNANDO DE LOS RIOS, *Prólogo* à sua tradução de G. JELLINEK, *Teoria general del Estado*, Cla. ed. Continental, México, 1956, págs. X e segs. A propósito, ver também KARL LARENZ, *Metodologia de la ciencia del Derecho*, trad. esp. ed. Ariel, Barcelona, 1966, Parte I, cap. III, § 6. Cf. também o artigo de B. AKZIN, "L' Ecole autrichienne et le fondement du droit des gens", in *Revue de droit international*, Paris, ano I, tomo I, 1927.

Van Krieken, especialmente ocupado com a refutação do organicismo, ao qual nomes ilustres como o de Gierke se achavam ligados. No fim do século dezenove, ao surgirem as obras principais de Jellinek, a teoria geral ainda se interessava vivamente por problemas como o da relação entre Direito e Ética. De certa forma, a concepção de Jellinek sobre a relação entre Direito e Ética (e sobre o Direito como “mínimo ético”) seria correlata de seu entendimento dos dois aspectos do Estado: o aspecto social, globalizante, e o aspecto jurídico, voltado aos conceitos do Direito Público. Vale notar, porém, que para Jellinek o Direito e o Estado eram coisas bastante distintas, e ele mesmo denunciava, como “falta grave”, em que muitos incorriam em seus dias (sua *Allgemeine Staatslehre* foi de 1900), a identificação da doutrina do Estado com a doutrina jurídica do Estado, esta tão só uma parte daquela.

A estas colocações se vincula o surgimento da obra de Kelsen, que inclusive aceitaria a idéia da diferenciação dos ângulos sob que se pode estudar o Estado, levando-a porém a maiores requintes e terminando de certo modo por cair naquela identificação entre teoria do Estado propriamente dita e teoria jurídica do Estado, já mencionada e denunciada por Jellinek. (4)

Como pressupostos históricos para o aparecimento de um *purismo* na teoria do Direito, devemos todavia mencionar outros elementos. Basicamente, o legado do liberalismo, não mais propriamente como vigência política mas como ambiência amplamente político-cultural, um tanto residual já desde o fim do século XIX mas ainda intelectualmente sugestionador e contrastante, enquanto legado doutrinário, com outro clima então emergente, o de “crise espiritual”, que se adensava e se adensaria pelos primeiros lustros do século XX, com diversas conseqüências sobre os estudos sociais. (5) Outro componente, o predomínio da lei como expressão do jurídico: um resto de crença setecentista-rousseauiana na infalibilidade da lei e no caráter legal de toda juridicidade — da estatal inclusive. Somente a experiência de sistemas legislativistas, em particular os do continente europeu, permitiria pensar no Direito como “estrutura escalonada” (idéia aliás devida a Merkel e absorvida por Kelsen), na qual cada norma recebe sentido (formal) pelo fato de provir de uma competência estabelecida pela

(4) “Siempre demandó Jellinek a los juristas no descuidar la realidad política para preservar a la teoría jurídica del Estado de aberraciones, o sea sostener el sentido de lo posible y de lo fecundo” — KURT SONTHEIMER, *Ciencia política y teoría jurídica del Estado* (trad. L. Villagra, ed. Univ. B. Aires, 1971), cap. II, pág. 23.

(5) LEGAZ Y LACAMBRA considerou a teoria pura como um “fenômeno típico da situação de crise espiritual que caracteriza o período europeu simbolizado pela data de 1918”. (“Notas sobre el valor actual de la teoría pura del derecho”, em seu *Horizonte del Pensamiento jurídico*, ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 459). Sobre a trajetória da teoria do Estado e do Direito Público, dos meados do século passado até a época de Kelsen, cf. o percuente ensaio de SONTHEIMER citado à nota anterior. Para ele a localização específica da doutrina Kelseniana corresponderia aos anos anteriores à militância doutrinária de Schmitt, cuja obra seria justamente uma resposta ao formalismo, ao absentismo e ao positivismo.

norma que logicamente lhe antecede. Num sistema como o anglo-saxão, por exemplo, semelhante concepção não teria certamente surgido — e é sintomático o combate que Kelsen faz, de passagem, contra os “realistas” norte-americanos ⁽⁶⁾ —, e foi dentro do âmbito do legislativismo europeu-continental que surgiram vários problemas teóricos tornados clássicos, alguns dos quais a teoria pura assumiria, de modo a confirmá-los ou rejeitá-los. Assim, por exemplo, a distinção entre lei no sentido formal e no sentido material, que veio da época de Laband e traduzia, aliás, alguns *arrière-pensées* políticos; no caso, bismarquianos.

Ambiência filosófico-jurídica da época

Se evocarmos com um pouco mais de atenção o clima intelectual das primeiras décadas do século, no campo do pensamento jurídico, encontramos delineada a dissensão entre correntes formalistas e correntes antiformalistas. De um lado, surgia ou consolidava-se a orientação chamada do *Direito livre* (*Freirechtsschule*), na qual o Direito se encarava como livre no sentido de espontâneo, e cujos adeptos, postulando a necessidade de quebrar o formalismo e o estatismo dominantes, buscavam o nascedouro do Direito na autônoma existência de relações sociais. Cabe registrar que, no ano de 1901, publicaram-se as *Logische Untersuchungen* de Husserl, um ano depois do livro maior de Jellinek; em 1913, Reinach editava sua dedução apriorística do Direito Civil, calcada em Husserl, dois anos depois dos *Hauptprobleme* de Kelsen. De permeio, Kantorowicz lançou, em 1906, sua *Luta pela Ciência do Direito*, espécie de manifesto do Direito livre, e Ehrlich, que editara em 1902 seu livro sobre as fontes do Direito, no mesmo 1913 fazia surgir sua importantíssima *Sociologia do Direito*. Enquanto isso, o neo-Kantismo oferecia, à metodologia da teoria jurídica, o valioso esquema que distribuía os objetos das ciências segundo a específica criatividade dos métodos. ⁽⁷⁾ E o positivismo jurídico, herdeiro do rancor antimetafísico dos Bergbohm e dos Bierling, partido em variantes paralelas ⁽⁸⁾, retomava do século dezenove o culto cientificista em sentido renovado.

Tentando situar sobre este contexto a origem e o alicerce do pensamento de Kelsen, podemos anotar o seguinte: A época tanto foi de formalismos quanto de “conteudismos”; e certas tendências que

(6) *Teoria Pura do Direito*, 2ª edição (sobre a nova edição austríaca de 1960), trad. J. B. Machado, ed. Aménio Amado, Coimbra, 1962, vol. I, pág. 174.

(7) Sobre a relação entre a pureza do método em Kelsen e a metodologia neo-Kantiana do ramo de Marburgo, ver as observações de VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, trad. Mário de la Cueva, ed. da Univ. Nacional Autónoma de México, 1962, pág. 287. Cf. também B. MANTILLA PINEDA, *Ser y deber ser en la teoría de Kelsen* (separata), ed. Réus, Madrid, 1966, parte primeira.

(8) Cf. LARENZ, *op. cit.*, capítulo III.

puderam ser notadas no sentido de cada ciência ter tentado então definir-se e refazer-se por si mesma, desde a biologia à história ⁽⁹⁾, conviveram na verdade com a idéia filosófica neopositivista de uma *unified science* à maneira do “Círculo de Viena”. ⁽¹⁰⁾ Efetivamente, Kelsen sentiu o atrativo metodológico do neo-Kantismo, mas sua teoria foi-se afastando desta linha; ⁽¹¹⁾ enquanto isso, partilhava do monismo epistemológico e cosmológico do círculo de Viena, sem deixar porém de aceitar o dualismo neo-Kantiano “ciências naturais — ciências normativas”.

Dentro daquele clima intelectual, ainda um tanto vitoriano e densamente *belle époque*, em que Simmel propunha o formalismo sociológico (um formalismo a que ele mesmo não guardaria total fidelidade). Kelsen conseguiu coerência e vigor sistemático para a façanha de construir uma concepção do Direito e do Estado sem nenhum hegelianismo, mas cujo sentido — é Karl Larenz quem anota isto ⁽¹²⁾ — só se apreende à base de um conceito positivista de ciência. Construindo a teoria pura como uma “teoria do Direito positivo” (são as palavras iniciais de sua obra mais celebrada), conseguiu Kelsen escapar dos naturalismos e dos psicologismos, bem como do historicismo e do jusnaturalismo. Sua identificação da idéia de Direito com a de Estado, possível apenas numa perspectiva juspositivista, permitiu-lhe a descrição do ordenamento como conjunto escalonado de normas, e a das normas como função de um sistema lógico de competência.

Metodologismo e formalismo

Penhamos aqui uma pausa para introduzir novas reflexões. De modo geral, a aparição de problemáticas puramente ou predominantemente metodológicas representa, na evolução do pensamento, uma espécie de saturação. Uma espécie de plenificação do trabalho da razão, que

(9) ORTEGA Y GASSET em seu Prefácio a O. SPENGLER, *La Decadencia de Occidente*, trad. Garcia Morente, ed. Espasa — Calpe, 1952.

(10) Segundo ampla anotação de RECASÈNS SICHES (*Panorama del Pensamiento jurídico en el siglo XX*, ed. Porrúa, México, 1963, tomo I, págs. 185 e segs.), Josef Kunz, ele mesmo vienense e discípulo de Kelsen — registrou o “caráter vienense” da teoria pura do Direito, no sentido da dívida de sua elaboração para com o ambiente histórico dos anos de formação de seu autor. Tal ambiente histórico, segundo as expressivas indicações de Kunz, corresponderam ao clima liberal e individualista vivido pela Austria desde os suntuosos dias do Império austro-húngaro, e consonante com os traços da própria psicologia do austríaco: tolerante, cosmopolita, universalista. Rodeado dessa atmosfera, penetrado de uma cultura saturada e relativista, Kelsen teria reduzido a problemática do Direito a um requintado formalismo afastado de toda adesão partidária.

(11) VERDROSS, *La filosofía del Derecho*, cit., pág. 289.

(12) LARENZ, *op. cit.*, pág. 87. A pág. 85, este autor observa que a teoria pura é basicamente uma teoria do conhecimento jurídico-científico, e contudo, se apresenta como Ciência do Direito, sendo que — acrescenta — nunca ficou claro até que ponto Kelsen admite, ao lado dela, uma ciência dogmática do Direito no sentido do estudo do conteúdo de um determinado Direito positivo.

passa a fletir sobre si mesma. Os romanos, por exemplo, não chegaram a se comprazer no jogo puramente metodológico; a filosofia moderna — mais ainda do que a escolástica é que o desenvolveu e sofisticou ao extremo. Na obra de Kelsen, o cuidado metodológico se torna insistente como um afã, e ele espelha o coroamento de vários estilos de refinamento intelectual. O cuidado metodológico, aliado a um juspositivismo que passou a ser posição doutrinária (se bem fundado na cautela de não colocar posição doutrinária num saber que quer ser *streng Wissenschaft*), fez com que o mestre da teoria pura não se propusesse a dar uma definição do ser do Direito (como Cossio lhe cobraria depois e passaria, ele mesmo, a se propor).

No plano geral, Kelsen veda a entrada, na temática da Ciência do Direito, a elementos filosóficos, teológicos, políticos, sociológicos, psicológicos. Diga-se de passagem que cada um dos componentes assim excluídos correspondia a alguma escola ou posição, relevante na evolução anterior do pensamento jurídico, que Kelsen expressa ou tacitamente refutava ou tentava refutar, por uma necessidade ainda atuante. A *redução* da problemática jurídica, assim operada, é paralela (conforme vimos) a um relativismo que renuncia a “preencher” de conteúdos a teoria do Estado. Este relativismo, se bem alguns o comparem ao de Weber ou ao de Radbruch⁽¹³⁾, não chega a ser um relativismo como atitude ativa diante dos valores, mas antes uma recusa de toda valoração e de todo problema que carregue ou envolva valorações. No caso da norma jurídica, por exemplo, a atitude Kelseniana não consiste em considerar a variedade de valores (e de idéias de justiça) que ela pode carregar; e sim em omitir pura e simplesmente a relação entre a norma, como forma, e os valores (ou idéias de justiça) que eventualmente carregue.

O tipo de problemas posto pela teoria pura é, portanto, basicamente ligado a essa implantação de uma ótica formalizante e metodológica. O problema da norma fundamental, por exemplo, pedra de toque do “edifício”, constitui algo de difícil conceituação porque seu conceito fará a teorização passar do campo propriamente metodológico para o campo interno do sistema.

Aliás, a preocupação Kelseniana em tratar o jurídico apenas “como jurídico”, e o entendimento disto como “formalismo” e juspositivismo, poderia ser situada em relação a uma série de expressivas formulações da história das ciências sociais. Refiro-me a formulações, a um tempo metodológicas e doutrinárias, ocorridas em cada grande área por conta de especiais “momentos” históricos. Por exemplo, a explicação do político pelo político devida a Rousseau (bastante depois da libertação do saber político, por parte de Maquiavel, perante a teologia e a ética); a explicação do social pelo social por mãos de Durkheim; e talvez — a

(13) Cf. MICHEL VILLEY, recensão da edição francesa de 1953, da Teoria pura de Kelsen, em suas *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, ed. Dalloz, Paris, 1957, pág. 339.

escutarmos Ortega no respectivo *proêmio* —, de certo modo, a explicação da história pela história na obra maior de Spengler. São formulações que contrastam com as explicações vinculatórias, que entendem o histórico em função do econômico, ou político em função do ético. Em Kelsen, a análise do jurídico *como tal* teve de resolver-se pela construção de um *sistema* essencialmente formal, constituído de normas e de competências. Entretanto, enquanto a razão política em Rousseau se achava no âmago de um processo revolucionário, e a visão durkheimiana do “social pelo social” vinha num tempo de revisões e de proliferação de escolas dentro da ciência social, o formalismo purista e juridicizante de Kelsen reflete um tempo de cautelas convergentes, crises superpostas e saturação cultural.

Historicismo em Rousseau e em Kelsen

Sob certo prisma, um dos aspectos mais característicos da “atitude” intelectual da teoria pura consiste em ser uma teoria anti-histórica, ou ao menos a-histórica. É interessante, porém, situar este traço, entendendo-o dentro das tendências da época da gênese mesma do pensamento de Kelsen (no caso, dentro do neopositivismo sobretudo), e distinguindo-o de outras posições extra-históricas do pensamento ocidental. Cabe, por exemplo, distingui-lo com bastante nitidez do não-historicismo de Rousseau, por sinal também ocorrente na trajetória do liberalismo, só que na fase inicial deste. A comparação cobrará interesse maior se registrarmos que o próprio Kelsen, em passagem de sua grande *Teoria Geral do Estado* (14), compara sua idéia de uma norma fundamental à do contrato social como fundamento do Estado. Naquela passagem, a comparação é encaminhada no sentido de repelir a idéia do contrato, por ter significado jusnaturalista. Em verdade, o que aborrecia a Kelsen, na hipótese do contrato, era o fato mesmo de comportar e possuir um *conteúdo*, ou seja: não ser suficientemente formal.

Mas retornemos à distinção. Em Rousseau, a problemática do contrato é conduzida num plano deliberadamente diverso do dos fatos; o contrato era constatado, não como acontecimento histórico ou pré-histórico empiricamente situável, mas como idéia à qual “il faut remonter”; ou seja, como hipótese politicamente necessária. A recusa do histórico, no esquema rousseauiano, se completava com o prestígio iluminista da idéia de *natureza*: a reconstrução da sociedade segundo o homem *natural* significava a retomada de princípios *racionais* para a convivência social.

Em Kelsen, a recusa do histórico obedece a embasamentos epistemológicos mais requintados; a postulação de uma *Grundnorm* constitui um recurso tanto lógico quanto juspositivístico para amarrar o sistema num ancoradouro encontrado dentro da própria figura do sistema. Am-

(14) Livro III, cap. VII, § 36, letra B (*Teoria general del Estado*, trad. Legaz y Lacambra, ed. Labor, Barcelona, 1934, pág. 327).

bos os casos são postulações, a do Contrato no autor do *Emílio*, a da norma fundamental no autor da teoria pura: mas num, o pensamento europeu se achava no racionalismo otimista e geometrizarante próprio do liberalismo ascendente; e noutro, o mesmo pensamento europeu, na linha liberal, vinha cansado de refregas doutrinárias e buscava refúgio na recusa dos conteúdos concretos.

A repulsa de Kelsen ao jusnaturalismo equivaleu a uma rejeição do elemento ideológico-conteudístico jacente na idéia de direito natural: o jusnaturalismo aparece, diante do radical formalismo metodológico purista, como uma concepção axiológica e *material*. Mas podemos anotar que o jusnaturalismo é um conceito geral, que se apresenta a cada passo em diferentes versões: direito ditado pelos deuses, direito do mais forte, igualdade estoíca na cosmópolis etc. Cada versão, condicionada em termos de época ou de atitude filosófica, dá à idéia geral um conteúdo, uma direção definida, uma relação diversa com instituições ou situações. Em relação às versões "concretas" que assume, a idéia geral do Direito natural pode ser vista como uma *forma*. Kelsen mesmo, ao fazer sua refutação da idéia de Direito natural, visou formulações situadas, versões vinculadas a contextos cuja descoberta deu força (fora de toda metodologia "pura") às suas refutações. Note-se que o que vai dito aqui não é a mesma coisa que a concepção stammleiriana de um "Direito natural com conteúdo variável", ou seja, um Direito natural que iria "recebendo" conteúdos, ou trocando de conteúdos, através dos tempos, sem deixar de ser, de já ser e sempre ser, natural. O que digo aqui é que a consideração de *um* Direito natural é algo formal em relação aos conteúdos, que ocorrem nas versões diferentes assumidas pelo conceito, e que são diferentes justamente por terem motivações diferentes, mas são, em cada contexto, formulações "do" Direito natural reentendido e redefinido.

Normativismo e decisionismo

A proposição normativista, isto é, a consideração do Direito como sistema de normas, tem sido sempre contraposta ao "decisionismo" e isto desde que Carl Schmitt situou a distinção entre os três tipos essenciais de pensamento jurídico contemporâneo — o normativismo, o decisionismo e o pensamento do Direito como ordem concreta. É certo que a própria tipologia schmitteana, ocorrendo aliás num tempo de tipologias, tinha seu compromisso com destinações políticas concretas; mas através do compromisso da tipologia podemos entender o compromisso de cada tipo com a realidade cultural dos anos 20 e 30. O chamado decisionismo (que não era propriamente a opção de Schmitt, contra o que às vezes se divulga) era um prolongamento do autoritarismo de Hobbes: a ele corresponde a visão do Direito como obra de uma vontade, configurada em sua potência comandadora independentemente da razão e da "verdade". O pensamento ordenamental-concreto (esta sim a posição de Schmitt) situa o jurídico num encaixe de condições existenciais, dentro aliás de uma tradição romântica que Schmitt mesmo estudou

em livro especial. ⁽¹⁵⁾ O normativismo, historicamente vinculado à idéia liberal de um governo “de leis, não de homens”, vê no Direito um conjunto de normas, entendidas em sua pura e racional objetividade.

A visão destas posições, nos autores da geração de Kelsen, ou mesmo da seguinte (a de um Legaz y Lacambra por exemplo), tem sua peculiaridade como testemunho histórico. A influência de cada uma delas, nos estudos jurídicos de língua espanhola — e isto para situar em parte a bibliografia latino-americana — ⁽¹⁶⁾ correspondeu a motivações culturais e políticas inteiramente especiais.

Concessões à história?

Vale a pena observar que, por mais coerente e maciça que fosse em Kelsen a atitude puramente *sistemática*, formalizadora e a-histórica, havia certos temas cuja exposição exigia algumas concessões ao histórico, e mesmo certas posições cuja “demonstração” se beneficiaria com alusões históricas. Semelhantes concessões (que em alguma medida o eram) se encontram, tanto em passagens de obras que integram realmente a teoria, como em estudos por assim dizer laterais ou complementares.

No primeiro caso, temos por exemplo a crítica à clássica e secular divisão do Direito em público e privado, que Kelsen, no § 17 de sua “Teoria Geral do Estado”, chama de “funestíssima divisão”. Ao fim do parágrafo, achava-se precisamente a indagação sobre a *origem* da antítese, reportando-se ao Direito romano e sua recepção, e à teoria absolutista da *Razão de Estado* com sua inclinação publicizadora. Do mesmo modo, todas as outras “superações de dualismos” intentadas no corpo do sistema, e que aparecem sempre em suas principais obras *sistemáticas*: Direito objetivo e Direito subjetivo, Estado e Direito, ordem nacional e ordem internacional. Apesar de disposto metodologicamente a não sair do plano *jurídico-formal*, Kelsen lastreia sempre sua crítica em sólidos conhecimentos históricos, ou sociológicos, e situa o fundamento

(15) Considera-se o famoso estudo de Carl Schmitt *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (Sobre as três espécies de pensamento jurídico), aparecido em 1934, como ponto de demarcação de seu afastamento do declinismo: cf. G. NIEMEYER, “Prólogo” à *Teoria del Estado* de HELLER (ed. Mexicana, trad. I. Toblo, FCE, 55, pág. 8). Sobre o pensamento “ordenamental” de Schmitt, ver J. CAAMAÑO MARTINEZ, *El pensamiento jurídico de Carl Schmitt*, Santiago de Compostella, 1950, passim e págs. 131 e segs.; e também ARTURO SAMPAY, *Carl Schmitt y la crisis de la ciencia jurídica*. Abeledo-Perrot, B. Aires, 1966, cap. I. O livro de Schmitt sobre o romantismo é seu *Politische Romantik* (cf. trad. francesa de Pierre Linn, *Romantisme Politique* — Paris, ed. Valois, 1928).

(16) Sobre a presença da obra de Kelsen na Espanha, ver as indicações de JUAN JOSE GIL CREMADES, em seu estudo preliminar à sua tradução do livro de K. ENGISCH, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales* (ed. Univ. de Navarra, 1968), págs. 12 e segs. Sobre Kelsen na América Latina, ver JOSEF KUNZ, *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX* (trad. Recasens Siches, ed. Losada. B. Aires, 1961, passim).

de cada um desses dualismos — que repudia — em situações histórico-sociais cuja descrição (por sucinta que seja) constitui um apelo a campos extradogmáticos e estranhos a uma teorização restrita ao Direito positivo.

No segundo caso, temos os ensaios propriamente sociológicos, filosófico-políticos ou histórico-culturais, nos quais Kelsen, dentro de tematizações levantadas pela erudição de seu tempo e pela indagação histórica do relativismo, estuda a aparição da idéia de imputação e da de causalidade, ou os supostos filosóficos da democracia, ou ainda as relações entre a obra de Platão ou de Aristóteles e as condições concretas da Grécia pós-socrática. São ensaios que margeiam e reforçam temas que aparecem no sistema, e onde seu método *puro* não entra nem poderia entrar.

Despolitização: metodológica e doutrinária

Voltando, porém, à estrutura da teoria Kelseniana propriamente dita, encontramos realmente em sua concepção a figura de um Direito e um Estado despojados de toda politicidade. No clássico prefácio de 1934 à primeira edição da Teoria Pura, Kelsen havia dito que sua luta era pela “rigorosa separação” entre a ciência jurídica e a política, ou seja, pela erradicação de postulados políticos de dentro da teoria do Direito (17). Como já dissemos, o apoliticismo metodológico se desdobra em apoliticismo doutrinário — na verdade, método reflete concepção do mundo —, e este apoliticismo Kelseniano, não inteiramente isento na verdade, compromete-se no fundo, como se sabe, com uma posição liberal.

O trabalho formalizador e logicizador da “purificação”, que se traduz na peculiar pretensão de *objetivismo* — considerando “subjetivista” toda incidência valorativa ou ideológica — procura excluir de toda a temática do Direito e do Estado, desde que vista sob um dado prisma, qualquer resquício de jusnaturalismo, de eticismo ou de politicidade. Assim, o conceito de autoridade é descrito sem implicações extrapositivas (18); assim também, a idéia da norma, como imperativo é rechaçada com fêrvida energia. A redução da idéia de norma a uma estrutura meramente lógica, desvestida de seus componentes éticos e de seu significado imperativo, elude realmente toda penetração extrapositiva e toda problemática concreta: faz do jurista um estudioso de algo cuja estimação efetiva se lhe acha vedada (19).

(17) *Teoria Pura do Direito*, nova edição cit., vol. I, págs. VII e VIII.

(18) *Teoria general del Estado*, ed. cit., pág. 358.

(19) Nota sobre o *antimperativismo*. A teoria de Kelsen põe o problema da não-imperatividade da norma em um plano genérico e abstrato, allás aceito e confirmado pela doutrina egológica. Basicamente, a negação do caráter imperativo da norma jurídica corresponde a uma redução desta mesma norma a uma figura *lógica*: à

Para Michel Villey, entretanto, é ilusório esperar que a Ciência do Direito possa ser “neutra”, nem separada das condições em que se elabora. Para o ilustre mestre de Estrasburgo, a doutrina Kelseniana nos põe “a serviço da ordem estabelecida”, sendo apenas aparente sua isenção, de resto pobre e empobrecedora no sentido das finalidades sociais do trabalho do jurista (*Leçons*, cit., págs. 345 e 346).

consideração da norma como *juízo*, sem conta de focalizações históricas ou culturais. O que já é, evidentemente, algo discutível, por empobrecer o problema.

Mas um dos argumentos fundamentais, entre os que aderem ao antiimperativismo, é referente ao Direito consuetudinário. Se o Direito — ou por outra, a norma — fosse um imperativo, um comando, uma ordenação, onde se acharia isto no Direito consuetudinário? Quem mandaria, a quem se obedeceria ao praticar um costume?

Em realidade, este argumento claudica, justamente por visar a uma formulação *ine-xata* do imperativismo: uma formulação genérica, abstrata e extra-histórica. Não se pode dizer que o Direito é imperativo, se não se fala em termos mais claros. A imperatividade é um elemento da experiência jurídica que corresponde particularmente a certos tipos históricos de Direito, ou a certos momentos da história: o direito pretoriano, o direito imperial, o direito legislado contemporâneo. Realmente, a lei é um imperativo, e como tal foi elaborada, estimada, cumprida desde sempre.

Por projecção, identificando-se no século XIX a lei e o direito, se disse ser o direito um imperativo: *Law*, lei ou direito em inglês, é o termo do imperativista Austin.

Em Kelsen, o problema consistiria em saber se a norma é imperativa. Ora, a idéia de norma é historicamente fruto da idéia de lei. Kelsen não coloca a questão das variações da experiência jurídica dentro dos contextos culturais, nem indaga se o se o Estado moderno, puseram-se as condições para a definitiva superação do direito local-costumeiro-tradicional por um direito nacional-escrito-racional, ou seja, diz ter o “poder” passado por três fases: difuso, pessoal, instituído). Ao organizar-legislado: um direito imperativo, generalizante e feito de normas verbalmente expressas e codificadas.

Por outro lado, pensar no Direito como pura representação lógica, reduzi-lo à norma e ter a norma como puro juízo, é deixar de lado todas as relações da realidade jurídica com a realidade humana: O Estado, a sociedade, as vontades, as circunstâncias. A pureza metodológica é ascese, útil como exercício, prejudicial como limitação. Sem aquelas relações a *compreensão* do jurídico se torna inviável.

Cabe observar finalmente que, em Kelsen, o antiimperativismo se encaixa numa teoria do Direito que é também teoria do Estado e que iguala o Estado e o Direito como objetos produzidos pelo mesmo enfoque metódico; em Cossio, porém, o antiimperativismo se situa numa teoria do direito que *omite* a problemática do Estado (esta, precisamente, a nosso ver, uma das grandes lacunas da egologia). Em Kelsen, o conhecimento político do Estado é asceticamente afastado, embora se inclua na teoria do direito o conhecimento do Estado, reivindicando para este conhecimento um prisma jurídico; mas em Cossio a ausência de uma preocupação científico-política é ostensiva, e o Direito—descrito substancialmente como conduta e entendido formalisticamente como objeto de conhecimento de uma norma que é mero juízo, o Direito se rarefaz mais ainda, mais ainda se abstraciona e se evapora. Indagação que precisa ser feita. Na verdade aquilo que se chama direito costumeiro (ou consuetudinário) é imagem socio-jurídica correspondente a uma fase histórica que se considera como parte de um esquema (como aquele esquema que conceito de *norma* cabe de fato à imagem do direito costumeiro; mas esta é uma

Balanço conclusivo e olhada crítica

Encaminhamo-nos para uma conclusão, que deverá ter algo de balanço. Antes do mais, porém, uma anotação sobre temáticas e problemáticas.

Há certos temas e problemas que são próprios e característicos de determinadas épocas, e que na época seguinte podem — sem ter sido propriamente “resolvidos” — ser substituídos por outros. Assim a questão do *status naturae*, que apaixonou os espíritos entre os séculos XVII e XVIII; assim a questão da planificação, tão urgente nos anos trinta e quarenta de nosso século, abalando os Mannheim, os Laski, os Von Mises e os Hayek. Do mesmo modo, teorias díspares podem conviver dissonantes, sem se “refutarem” propriamente, por calcarem teclas diferentes, falando de questões diferentes e representando enfoques diferentes.

A teoria pura do Direito baseou sua temática numa perspectiva formalizadora, que compartia o formalismo de tantas concepções das décadas iniciais do século, embora convivendo com antiformalismos. E hoje, quando outras orientações da filosofia do Direito, na Europa e noutros continentes, se voltam para problemas concretos e retomam questões meta-positivas dentro de enfoques nada formalísticos, o interesse pela teoria de Kelsen pode perfeitamente continuar válido, na medida em que segue sendo válida a tendência formalizante e positivadora, o que afinal depende de inclinações pessoais ou de formação doutrinária.

No pensamento jurídico das décadas mais recentes, o juspositivismo continua dispondo de representantes notáveis (seja o caso de Ross ou de Bobbio), e a temática da lógica das normas continua a empolgar a muitos, arrastando nisso aliás o seu *penchant* formalizador. Mas, assuntos como a “natureza das coisas” — cuja revisão arranca de Radbruch —, como a justiça material e outros, ligados a uma visão axiológica ou culturalista do Direito, seguem crescendo de interesse, e revisões históricas fundamentais têm marcado o tratamento de temas ligados ao *pensar* jurídico: sejam os exemplos de um Coing, um Brusiin, um Viehweg, um Villey.

A persistência do legado de Kelsen representará o mérito de seu impressionante *pathos* de sistematização e de clareza ou rigor conceitual. Se sua posição pode compaginar-se com atitudes axiológicas (como Verdross pretende), é questão em aberto. Suas raízes históricas ajudam a dar-lhe um significado maior do que o de mera dogmática do Direito positivo: a dimensão filosófica, jacente em suas linhas, tem algo de crença — como observou Legaz —, e crença sobretudo em um tipo de ordem estatal e jurídica. Relativizar essa crença, “reduzir” a teoria à sua circunstância histórica, será evidentemente uma atitude muito pouco Kelseniana. Mas com isso se terá entendido plenamente o significado da doutrina, para reestimá-la e revalorizá-la.

Participação em lucro

(Linhas mestras para um esboço legislativo) (*)

JOSÉ MARTINS CATHARINO

Professor Catedrático da Universidade Federal da Bahia e Professor Titular da Universidade Católica de Salvador, Bahia.

SUMARIO:

- 1 — **Introdução.** Evolução do conceito de risco empresário e sua redução. A perda de importância do lucro.
- 2 — **Técnica legislativa.** Omissão; regulação; imposição e regulação; simples previsão constitucional; incentivação.
- 3 — **Lucro empresário partilhável.**
 - 3.1 — Determinação e medidas complementares.
 - 3.2 — Valor da participação individual. Fatores e fórmula.
- 4 — **Efetividade.** Medidas preventivas apropriadas: orgânica e funcionais. Justificação.
- 5 — **Condensação.**

(*) Comunicação — proposição apresentada ao Congresso Ibero-americano de Direito do Trabalho e de Previdência Social, realizado em São Paulo, set./76.

- 1 — Trata-se de trabalho funcional e limitado. Funcional, porque ajustado à natureza e ao alcance do conclave. Limitado, porque circunscrito a direito positivo a constituir-se, de *lege ferenda*, em função da realidade ibero-americana, especialmente da brasileira, obviamente. Em suma, um esboço pragmático das linhas-mestras ou diretrizes de disciplina legislativa, exclusiva a normativa autônoma. Elaborado tendo em vista algumas experiências nacionais, de parcos resultados, o que não é novidade na ibero-américa, onde o avanço legislativo, amiúde, fica mais no papel do que na prática, fato concorrente para o desprestígio do direito positivo.

Apesar desse pragmatismo, algumas idéias são lançadas como pressupostos ou premissas.

Prescindidos o aspecto ideológico; a problemática do instituto, como fator de abertura social estrutural, da empresa em particular; o conceito jurídico da participação, que o autor considera *salário associativo* e não *societário*, nem *salário incondicionado*, simplesmente, de conceito tradicional e estrito, concepção bastante influente em qualquer proposição legislativa; prescindidos estes aspectos, e outros, o problema da disciplina legal da participação em lucro deve ser enfrentado considerando-se alguns princípios básicos.

Não é imprescindível recorrer-se a ideologia social (sociológica, política e econômica para justificar-se a positividade — no sentido técnico-jurídico, e não no de efetividade — de regime participativo.

A noção de *risco empresário*, contraposta à de *lucro-exclusivo do capitalista*, como compensação daquele, não é mais a mesma.

Já está, há muito, afastado o *risco "heróico"* e muito agravado dos primórdios do capitalismo, desfraldado como bandeira, cobrindo e protegendo lucros proporcionais e desmedidos.

O *risco empresário de hoje*, na medida em que progride a tecnologia do desenvolvimento econômico — tantas vezes, unilateral e confundido com o social, integral, estrutural e evolucionista, não é mais aqueloutro, pelo menos quanto ao seu grau, muito inferior, podendo até ser quase nenhum.

Realmente, o planejamento, inclusive a *mercadologia*, matéria interdisciplinar, cada vez mais complexa e requintada, contando com a cibernética, não apenas reduz o *risco empresário*, dentro de possibilidades realistas, presentes e futuras próximas, mas, também, pode compreender medidas preventivas futurólogas. Reduzido o

risco e a possibilidade de sua ocorrência no amanhã, aumenta a certeza do lucro, previsto e medido, mas, nem sempre, comedido.

(Em termos humanos de empenhimento, se o egoísmo é uma alavanca, que “remove montanhas”, a aventura, que pode redundar em aventura ou desventura, é fator aliado ao egoísmo, responsável pela procura das “montanhas removíveis”, onde quer que estejam, conhecidas ou desconhecidas).

A redução do risco e o conseqüente aumento da certeza do lucro afastam se possa, ainda hoje, desfraldar a bandeira esfarrapada do capitalismo clássico. Sustentar-se, irreal ou de modo surrealista, que o lucro deve ser exclusivamente do capital investido do empreendimento, e não, também, pelo menos, de pessoas trabalhadoras, as quais, compondo o aviamento subjetivo da empresa, são as principais responsáveis por seu ínsito dinamismo e por seu êxito lucrativo.

Ligados a esse fenômeno, outros vemos, dignos de destaque, dentre eles dois de suma importância, também concorrentes para a **redução do risco empresarial**: 1º — a constituição, cada vez mais freqüente, intensa e extensa, de grupos econômicos; 2º — a conquista monopolista do mercado, facilitada pelo fenômeno precedente registrado. Ambos, por sua vez, concorrem para que a atuação de determinadas empresas possa ser confundida com a do próprio Estado — e elas disso vêm tirando múltiplo partido, e até para que se convertam em apátridas (multinacionais). Tanto na área nacional, como na plurinacional, os dois fenômenos integram a problemática da paz.

Um quarto fenômeno também merece destaque: a **empresa privada moderna, na proporção do seu poderio, está mais interessada em influenciar ou conquistar o Poder (político, para completar o que de fato já possui, não instituído) do que em obter grandes lucros.**

Mais do que isso, influenciar, conquistar e conservar o Poder, hoje e amanhã, graças a investimentos maciços na área tecnológica, cujos frutos, muitas vezes, não são colocados no mercado devido às dificuldades de reconversão econômica.

Dentro do panorama acima descrito, em largos traços, compreende-se porque a participação em lucro empresarial é perfeitamente viável e justificável, não sofrendo até muita resistência por parte da empresa privada moderna de grande porte. Por outro lado, essa diminuição de resistência também tem outras causas: o fato do instituto não acarretar, em si mesmo, alteração na estrutura

da empresa capitalista; a convicção generalizada de que a obrigatoriedade imposta por lei terá eficácia diminuta, consideradas as dificuldades de implantação prática de qualquer sistema participativo; e, ainda, o fato da participação estimular o consumo.

Da parte dos empregados, principalmente de algumas de suas categorias, nota-se considerável desinteresse pela participação, e não por mais altos salários, desvinculados do fator lucro, embora hoje menos incerto.

- 2 — O primeiro aspecto do problema legislativo da participação em lucro empresarial é o referente à posição ou atitude do legislador, a qual pode ser **omissa** ou **atuante**.

Omissa, se não impõe nem regula o instituto expressamente.

Atuante, caso contrário, mas comportando subdivisão: **a) não o impõe, porém o disciplina**, seja ele resultante de vontade negocial, seja gerado por fonte autônoma do direito do trabalho (convenção ou acordo sindical normativo); **b) fá-lo obrigatório**, mediante normas legais imperativas ou cogentes, e como tal o regula.

Em termos ibero-americanos, pode-se apontar uma outra atitude ou posição, **formalmente imperativa**, apenas. Imperativa, do ponto de vista constitucional, mas somente programática e potencial, sem efetividade. No particular, o exemplo brasileiro é perfeito.

A nossa Constituição de 1946 (art. 157, IV) determinara a **participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa**, nos termos e pela forma que a lei determinar, porém, como não se tratava de preceito auto-aplicável, jazeu belo-adormecido, e ainda hoje jaz, pois a Carta de 1967, emendada em 1969 (art. 165, V), contendo preceito similar, mais avançado e menos rígido (**integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei**), continua sem efetividade ordinária, normal ou anormal "institucional". Assim entendemos, porque o PIS (Programa de Integração Social) nada tem a ver com a referida participação.

Da nossa parte, mesmo antes da Constituição de 1946, atentos à realidade brasileira — que muito não difere da de outras nações do continente, pensamos seria melhor facilitar o regime da participação em lucro, e não impô-la, inclusive mediante concessões fiscais — ("Participação nos Lucros Pelos Trabalhadores", trabalho apresentado ao II Congresso Brasileiro de Direito Social, 1946).

Parece-nos haver o tempo nos dado razão. A participação em tela, determinada nos textos de 1946 e de 1967/1969 ficou no papel, ceivando o desprestígio constitucional e desmoralizando a ordem jurídica fundamental. Por outro lado, de alguns anos para cá, o Brasil vem adotando, em larga escala, a política tributária de **incentivos fiscais**, visando desenvolvimento econômico menos setorialmente desequilibrado.

A respeito, já temos bastante experiência tecnológica, embora com alguns resultados negativos, como, p. ex., o dos “incentivos” estarem financiando empresas **apátridas**, formal e artificialmente “nacionais”, e concorrendo para a desnacionalização da nossa economia.

Aproveitando-se essa tecnologia a serviço do desenvolvimento econômico, podemos usá-la em favor do **social**, **incentivando e regulando a participação em lucros ao invés de impô-la**.

Em síntese, a lei incrementaria a adoção pelas empresas de um sistema de participação ao permitir que o valor a ser compartilhado pelos componentes do seu aviamento subjetivo fosse dedutível do imposto de renda a cargo das mesmas.

3 — **O lucro é produto empresário gerado por trabalho e capital, e o elemento caracterizador do instituto, que o faz distinto de outras espécies de participação: a nas entradas (a comissão e o “adicional nas contas”, este erroneamente equiparado a gorjeta no § 3º do art. 457 da nossa CLT); a na direção ou na gestão. Também, distinto da “gratificação de balanço”, a que lhe é mais afim.**

3.1 — **Participação em lucro** — sempre empresário, de grupo de empresas, de empresa ou de unidade empresária. Portanto, **o lucro é condição de fato**, para que exista, e determinando sua variação quantitativa. A respeito, dizemos em passando, o problema do **lucro partilhável**, embora não seja de fácil solução, é menos difícil do que o derivado do critério a ser adotado para a fixação da participação **per capita**, ou seja, do **quinhão individual**.

Não é fácil a conceituação jurídica do que seja **lucro empresário**, mesmo porque é comum falar-se em **lucro bruto** e **lucro líquido**.

Certo é ser partilhável o **líquido**, pois a participação em causa não pode ser considerada despesa, como o salário clássico.

A determinação do lucro líquido deve levar em conta alguns fatores, a saber: a) a necessidade das empresas manterem “em suspenso” parte do mesmo lucro líquido, não partilhável, evitando-se o agravamento de descapitalização e endividamento, bem como insuficiência de capital de giro; b) *idem*, da constituição de fundos de reserva e provisões; c) *idem*, de ser mantido uma vinculação entre o valor partilhável com os empregados e o partilhável com os investidores de capital, sócios ou acionistas; d) o bloqueio parcial relativo do lucro líquido partilhável, evitando-se que o instituto venha a ser elemento inflacionário, pelo aumento de procura de serviços e bens de consumo; e) utilização do lucro líquido partilhável, também, para pagamento da participação dos dirigentes da empresa, empregados ou não, também investidores de capital, ou não, evitando-se distorções.

Os lucros em suspenso, os fundos de reserva e provisões teriam um limite máximo percentual; a vinculação entre o total do salário associativo e o do atribuído a sócios ou acionistas (dividendos e bonificações em geral): teriam o mesmo percentual, e nenhum dos dois, salários e rendimento capitalista, seria pago isoladamente; o bloqueio relativo poderia ser de 50%, e a metade bloqueada sujeita a juros e a correção; o valor da participação dos dirigentes jamais excederia ao atribuído a todos os empregados, fixando-se o quinhão de cada um deles de acordo com o mesmo critério para a determinação do quinhão de cada empregado.

O bloqueio seria relativo, permitindo-se saques excepcionais, p. ex.: para investir na própria empresa — aquisição de quotas ou ações; para aquisição de habitação; e verificando-se exercícios deficitários ou neutros. Tais saques seriam feitos contra um Fundo alimentado pelos 50% bloqueados ou vinculados.

Ainda, quanto à determinação do lucro líquido, parcialmente partilhável, poderia ser feita de maneira simples e eficiente, sem inovação de monta: seria lucro líquido e como tal considerado para efeito do imposto de renda.

O Estado, por interesse próprio e tributário, ficaria incumbido de evitar conceituação estrita do lucro líquido, bem como escamoteações contábeis fraudulentas.

Fixado o percentual do **lucro líquido** destinado à participação, em mínimo e em máximo (p. ex.: 10% e 20%), a lei consideraria a situação das empresas que antes da sua vigência, já concediam participações em lucro seu, ajustado o respectivo percentual (ou respectivos percentuais) às suas normas, se menos favorável aos empregados. Assim ficaria evitado tratamento desfavorável às empresas que se antecederam à lei.

- 3.2 — Ainda quanto ao fator lucro, a lei tem de estabelecer critério para a fixação do valor da **participação individual e geral, de cada empregado e de todos integrantes de cada empresa** — problema mais difícil que o abordado acima.

O quinhão do lucro partilhável pode ser fixado considerando-se quatro fatores: **tempo de emprego** (na empresa); **salário**; **assiduidade** e **eficiência em cada exercício societário**.

Atribuir-se-ia a cada participante a possibilidade de atingir o máximo de X pontos, de preferência 100 ou 1.000; máximo este, de 1.000, p. ex., subdivididos assim: **tempo de emprego** — 200, máximo atribuído ao mais antigo, e aos demais, em proporções decrescentes; **salário** — 200, segundo o mesmo critério; **assiduidade** — 300, ou seja, um ponto por cada dia útil, até o máximo de 300, por exercício anual; **eficiência** — 300, apurado o seu peso da maneira mais objetiva possível, ouvido, sempre, o superior (ou superiores) imediato de cada empregado participante; seria medida prática e de grande alcance que, além do empregador, fosse ouvido um **Conselho de Participação**, composto de três empregados participantes eleitos por todo pessoal da empresa, por voto secreto e obrigatório.

Na apuração do fator **tempo de serviço**, as faltas ao serviço, independentes das suas causas, seria obedecido o critério do desconto proporcional de pontos: 1/300 por dia útil de falta.

A fórmula é simples:

$$\text{Quota individual} = \frac{\text{lucro líquido partilhável}}{\text{número total de pontos}} \times \text{número de pontos de cada participante.}$$

Sendo a participação **associativa e não societária**, o seu titular não deve suportar prejuízos resultantes de “risco de negócio”, exclusivos do empregador, mas, apenas, **risco quantitativo**, como acima previsto.

Por outro lado, sendo participação em lucro capitalista, ela não é puramente salarial e individual. Assim como o capitalista trabalhador deve receber um *pro labore*, remuneratório do seu trabalho, e rendimento do seu capital investido na empresa, cada empregado participante, além do salário típico, deve receber um plus, condicionado a suplementar, retirado do lucro do empreendimento — uma espécie capitalista de salário, quanto à sua origem. Assim sendo, seria de bom alvitre somente considerar-se salário, para todos os efeitos trabalhistas (p. ex.: férias e indenização) — mais um modo de ser fomentada a participação, a parte desta de livre disposição do empregado. A outra, bloqueada ou vinculada, constitutiva do Fundo sugerido, seria considerada capital, para todos os efeitos inerentes.

Ainda quanto à quota individual: a lei poderá prever seja deduzido da sua parte salarial o valor dos prejuízos causados à empresa, por seu titular, por dolo ou culpa, devidamente provados (ver: art. 462, da nossa CLT).

- 4 — Problema outro, também fundamental, é o da efetividade do sistema de participação, notadamente em termos ibero-americanos, e considerados os fracassos já verificados.

Já em 1941, apresentamos ao 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, promovido pelo Instituto de Direito Social, de São Paulo, a tese, válida, infelizmente, até hoje:

“Em se tratando da aplicação das leis sociais, é regra geral, no Brasil, a sua parcialidade.

São exceções: I — a aplicação integral; II — a não aplicação.”

O mal é crônico e grave, prejudicando até a higidez dos textos constitucionais.

Muito poderia ser dito sobre tal verdade, sobre o utopismo ou romantismo legislativo ibero-americano, mas, por ser inoportuno ou despropositado, deixamos, apenas, as palavras de Albert Einstein, por nós colocadas no frontispício da nossa obra “O Trabalhador Rural Brasileiro (Proteção Jurídica)”, Rio—SP, 1958:

“Para o prestígio de um Estado e para o de uma Lei nada há mais perigoso do que promulgá-la e não estar em condições de impor o seu cumprimento.”

Perigo esse juridicamente reversivo ou subversivo, agravado pela inflação legislativa endêmica e pelo fato de que, de uns tempos para cá, numerosíssimas leis, normais ou não, vêm sendo elaboradas por economistas e/ou administradores, em recintos fechados e

em segredo, tarefa essa que deveria ser de diplomados em Direito, sujeita a processo democrático de aprovação.

Não pode haver dúvida quanto à imperatividade ou cogência da legislação sobre a participação em lucro empresário, seja ela completa ou parcial. **Completa**, se a lei a fizer obrigatória, além de regular a sua concessão. **Parcial**, se a lei não a impuser, limitando-se a fomentá-la, embora imperativamente disciplinando a execução da participação voluntariamente criada.

Completa ou não, contendo normas exclusivamente imperativas ou, também, supletivas, respectivamente — a imperatividade ou cogência é uma tônica das legislações atuais, com destaque das **trabalhistas**, claro está que as normas imperativas sobre o instituto devem estar sujeitas à fiscalização administrativa, e as suas violações a sanções da mesma natureza, como as demais trabalhistas.

Sanções que vão da multa à intervenção na empresa.

Na oportunidade, por razões óbvias, o que mais importa é a indicação de **medidas preventivas e especialmente adequadas ao efetivo funcionamento de um sistema participativo.**

Tais medidas, que não excluem sanções específicas, são uma necessidade, considerando o panorama legislativo ibero-americano.

Além de “mais valer prevenir do que remediar”, as medidas **preventivas apropriadas**, necessárias ao fiel cumprimento da legislação a constituir-se, podem ser mais eficazes do que as administrativas repressivas, por serem notórias as deficiências quantitativas e qualificativas, humanas e materiais, da inspeção ou fiscalização do trabalho.

E não é só.

A adoção de medidas **preventivas apropriadas** pode dar à participação em debate uma dimensão revolucionária, abrindo brechas no autoritarismo dominante na empresa capitalista e, por consequência, gerando larvária cogestão.

Eis algumas sugestões a respeito.

Partimos do fato de ser o lucro o fator a que está condicionada a participação e, portanto, **têm os participantes o direito de exigir sua verificação tempestiva e correta, de modo a ser coibida fraude à lei.** Tal verificação, se não importa, necessariamente, intromissão na gestão dos negócios empresários, somente será eficiente se aos participantes vier a ser assegurado o direito de **fiscalizarem balanços e até os impugnarem**, quebrando-se velhos e ultrapassados tabus, como, p. ex.: o do segredo ser a “alma do negócio”, o eufemismo ou metáfora metafísica surpreendente, e o da “soberania”

da assembléia-geral das sociedades anônimas, exercida para esmagar minorias.

Tomando-se por referência a **sociedade anônima**, pessoa jurídica, titular por excelência da empresa moderna, que funciona pelo voto-capital, ao contrário da sociedade cooperativa, que funciona pelo voto-pessoal, podemos esboçar duas espécies de medidas preventivas apropriadas: a) orgânica; b) funcional.

Medida orgânica seria a admissão de um dos participantes, eleito pelos demais, para integrar o órgão fiscal da sociedade, de preferência um empregado contabilista ou perito contador (a lei brasileira vigente, e a projetada, em curso no Congresso, faculta ao Conselho Fiscal escolher, para assisti-lo, perito contador). E com direito a voto.

Medida funcional, decorrente daqueloutra, seria a seguinte: se o participante, membro do órgão fiscal, for vencido, quando da aprovação de balanços e/ou contas, ficaria assegurado aos participantes, por seu intermédio, o direito de impugná-los judicialmente, com perícia contábil.

A fórmula sugerida teria vantagens: faria mais real e atuante o órgão fiscal, o qual, quase sempre, é simplesmente formal, verdadeira farsa: nada ou pouco faz e, muitas vezes, é composto por pessoas da absoluta confiança dos dirigentes da sociedade; beneficiaria, também, os acionistas em geral; evitaria o problema, muito polêmico, do direito de cada participante exigir a exibição (total ou parcial) dos livros comerciais, bem como o de impugnar balanços e/ou contas aprovadas por assembléia-geral.

Medida funcional correlata também seria a da lei, por iguais caminhos, assegurar o direito de ação judicial visando a elaboração ou o fechamento de balanços e/ou contas não realizados no prazo legal. Persistindo a omissão, após concessão de prazo de tolerância razoável, fixado em um máximo, a omissão ou o retardamento seriam eliminados por perito devidamente compromissado, por ordem judicial.

Registre-se ser cada vez freqüente as sociedades anônimas, voluntariamente ou não, valerem-se de auditores independentes para fiscalizarem e apoiarem seus balanços e contas. Tal fato, além de revelar o caráter ornamental e comprometido de órgãos fiscais, revela a necessidade de ser obtida credibilidade de terceiros, ou pública, o que muito influi na cotação de ações.

As medidas sugeridas, apesar de revolucionárias — institucionais, no sentido jurídico e comunitário da expressão, têm relativo precedente, pois, a maioria das legislações não proíbe pessoas estranhas às sociedades anônimas serem eleitas para seus órgãos fiscais.

Não será, portanto, novidade absoluta que os participantes-empregados, coletivamente considerados, acionistas ou não, elejam um deles membro de órgão fiscal.

Nessa ordem de idéias, também pode ser registrado o fato, muito comum, da lei permitir que acionistas sem direito a voto, detentores de ações preferenciais (quanto a dividendos), nominativas ou ao portador, elejam um representante para órgão fiscal, para defesa dos seus interesses específicos.

Se tais medidas, ou similares, não forem legalmente consagradas, dificilmente qualquer sistema de salário associativo terá razoável efetividade.

Se o controle do fator lucro não for legal e realmente assegurado, estar-se-á ressuscitando, *mutatis mutandis*, o absurdo dogma do art. 1.781 do "Código de Napoleão", derogado desde os idos de 1868:

"Le maitre (a pessoa, dona de empresa) serait cru sur son affirmation: pour la quantité des gages; pour le payment du salaire (do salário associativo) de l'année et pour les acomptes pour l'année courante."

O Direito do Trabalho muito longe ainda está de um estado de saturação, cabendo-lhe, na atualidade, promover mutação estrutural progressiva da empresa, grupo social responsável, cada vez mais, pela produção de bens e serviços para o consumo em massa.

A participação em lucro pode e deve concorrer para essa mutação, para a humanização da economia e, por conseqüência, para o desenvolvimento social, mediante processos democráticos, que exigem mais liberdade real e menos autoritarismo baseado em exclusividade dos meios de produção e de lucros empresários.

- 5 — O trabalho é, exclusivamente, dedicado ao problema da regulação legislativa da participação em lucro, e consubstancia idéias do seu autor, contidas em trabalhos e obras anteriores (Participação nos Lucros Pelos Trabalhadores, tese apresentada ao II Congresso Brasileiro de Direito Social, ed. "Ergon", Bahia, 1946; em colaboração com Alberto Martins Catharino, *idem* (notas, críticas e sugestões ao Projeto do Deputado Daniel Faraco), "Ergon", col. VIII, fasc. 42, ano V, 1947, págs. 63 a 68; Tratado Jurídico do Salário, Rio, 1951, n.ºs 186 a 219, págs. 283 a 346; Contrato de Emprego, Rio, 1965, 2ª ed., n.ºs 72 e 90, págs. 139 a 145, e 195 a 201; Compêndio Universitário de Direito do Trabalho, São Paulo, 1972, n.º 2.10.5, págs. 476 a 480).

São as seguintes as afirmações contidas na **introdução (1)**: a participação em lucro pode ser fator de **abertura social estrutural**, de

dentro da empresa para fora, sendo **salário associativo condicionado**, e **não participação societária** (em lucro e em perda); o **risco empresário** é bastante reduzido, por causa do planejamento e da mercadologia, servidos pela tecnologia, inclusive pela cibernética; em consequência, a **certeza de lucro** é bastante menos relativa; a grande empresa moderna, unitária ou plúrima, concentrada (centripetismo) e expansionista (centrifugismo), em sístole e diástole, notadamente a apátrida ("multinacional"), **visa menos o lucro do que o Poder e o monopólio do mercado.**

Quanto à maneira de regulação legislativa do instituto, o autor bosqueja diretrizes sobre: 2 — a técnica a ser adotada, da omissão à imposição, optando pela do legislador **incentivar a participação mediante favores fiscais**; 3 — considera partilhável parte do lucro líquido, sugerindo sejam observados alguns fatores na sua determinação (nº 3.1, letras a a e), tomadas medidas outras, e, no nº 3.3, apresenta fórmula para a fixação da **quota de participação individual e geral**, considerando quatro fatores: tempo de emprego, salário, assiduidade e eficiência, atribuindo pesos a cada uma: quota é igual ao lucro líquido partilhável, dividido pelo total de pontos e dividido pelo número de pontos atribuído a cada participante; segundo o esboço, metade do valor de cada quota seria salário, e, a outra, capital, para todos os efeitos, sendo que a segunda ficaria bloqueada, constituindo um Fundo especial; 4 — na parte final do seu trabalho, o autor sugere medidas para a **efetividade do sistema a ser implantado**, o que considera fundamental.

Após salientar a relevância ibero-americana do problema da pouca efetividade da legislação, apresenta sugestões sobre **medidas preventivas apropriadas**, dividindo-as em: **orgânica e funcional.**

Orgânica: admissão de um participante, eleito por todos, para integrar o órgão fiscal de sociedades anônimas. **Funcionais** consequentes: direito dos participantes, sob condições, impugnam judicialmente balanço e/ou contas; direito de, sob idênticas condições, exigirem, também judicialmente, elaboração ou o encerramento de balanços e/ou contas.

Salienta o autor que a adoção de tais medidas, que possuem relativo precedente, abrirão caminho para **estrutural transformação da atual empresa privada.**

Por fim, manifesta sua convicção de que o Direito do Trabalho muito longe ainda está de um estado de saturação, cabendo-lhe, na atualidade, promover **mutação estrutural progressiva da empresa**, grupo social responsável, cada vez mais, pela produção de bens e serviços para o consumo em massa. De que o nosso Direito do Trabalho não é fotográfico, e sim instrumento da **humanização do desenvolvimento econômico**, mediante processos democráticos.

Direito do Trabalho

— Fundo de Garantia e personalidade jurídica

Prof. PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

SUMÁRIO:

1. Direito do Trabalho — Fundo de Garantia e Personalidade Jurídica
2. O Direito do Trabalho e as Pessoas Jurídicas
3. A Personalidade Jurídica
4. O FGTS e a Personalidade Jurídica

1. Direito do Trabalho: interesses tradicionais que tutela

Sob o plano de seu surgimento e de sua evolução, o Direito do Trabalho explica-se como um ramo da árvore jurídica, que se destina a exprimir e afirmar interesses básicos, interesses estes que, vistos sob o ângulo da direção da disciplina, constituem os seus fins concretos.

Originariamente, esses fins tiveram como pólo de atração jurídica o empregado.

As situações jurídicas, fundadas no trabalho e sob regime contratual, compuseram-se, em suas primeiras linhas, entre empregado e empregador. O regime liberal, sob que se plasmaram essas relações, revelou-se naturalmente inadequado para a eqüitativa distribuição dos interesses nelas envolvidos e desde logo se operaram sobressaltos na sua dinâmica. Ocasionou-os a intervenção de grupos sociais de pressão e do próprio Estado, que, em etapas graduais, se viu comprometido no tráfico privado do trabalho, não como titular em um contrato, mas na sua *qualitas juris de potestas*, isto é, no exercício de atividade que denominamos PÚBLICA.

Como o cadinho, em que se centralizaram e se reencontraram essas forças, ganhou feições peculiares e contornos nítidos, desenhou-se e mais tarde se formou a disciplina jurídica por nós nomeada Direito do Trabalho.

No curso de sua tradição, embora centrado no trabalho humano, o Direito do Trabalho corporificou uma disciplina jurídica realizando três categorias distintas de fins, que representam interesses objeto de tutela. Esses fins, tecnicamente, distribuem-se em INDIVIDUAIS, COLETIVOS e PÚBLICOS (ou ESTATAIS), segundo o teor de captação da tutela jurídica assegurada.

Em obra clássica, Balella apreende, como fim básico do Direito do Trabalho, regulamentar e solucionar os conflitos de trabalho, concepção de que se aproxima Sofia Sanger que, além de lhe conferir missão de regular as relações entre empregados e empregadores, diz cumprir o desempenho de assegurar àqueles um mínimo de segurança, de saúde e de bem-estar. A tônica da disciplina, para a autora (como, aliás, deflui da definição de inúmeros autores alemães), caracteriza-a, historicamente, como um Direito protetor do economicamente fraco. Aliás, Ludovico Barassi assim o reconhece, tomando como fim do Direito do Trabalho a tutela do trabalhador no que se refere à forma e aos limites da prestação de trabalho. Em obra clássica, Perez Botija endossa e com precisão metodológica alinha esses fins, que se seguem dos mais abstratos até aos configuradamente concretos expostos por Jordana de Pozas e Franz Goring.

2. O Direito do Trabalho e as Pessoas Jurídicas

A efetividade ou realização desses fins construiu uma pontuação específica no Direito do Trabalho. Essa pontuação representa a canalização e a centralização de interesses, que se afirmam e se tornam ações jurídicas, tendo por agentes e por recipientes pessoas juridicamente definidas.

Como antes distribuimos em três os planos dos interesses, através dos quais o Direito do Trabalho leva a cabo seus fins — os interesses públicos ou estatais, os interesses coletivos e os interesses individuais —, assim temos reconhecidas, na órbita trabalhista, três ordens distintas de pessoas, as de Direito Público (ou Administrativo) do Trabalho, as de Direito Coletivo do Trabalho e as de Direito Individual do Trabalho.

Quanto à sua natureza, o ponto de partida, para a fisionomização histórica do Direito do Trabalho, fixou-se em duas categorias básicas de interesses: os interesses patrimoniais — através das reivindicações salariais e correlatas e/ou conseqüentes, e os interesses pessoais, a defesa da pessoa do trabalhador, contra riscos, invalidez e fadiga.

Em princípio, a tutela dos interesses patrimoniais resguardou-se em direitos no plano das obrigações individuais, o que levou ao reconhecimento da personalidade jurídica trabalhista do empregado e do empregador. É evidente que não se circunscreve à *patrimonialidade* a causa do reconhecimento da pessoa individual do empregado e/ou a do empregador.

Quando a doutrina alemã alude, por exemplo, ao dever de lealdade ou de fidelidade entre as partes, tutela formas de conduta, cuja inobservância é

sancionada pela Ordem Jurídica (respeito à pessoa do trabalhador e/ou à pessoa do empregador ou de seu preposto). A CLT exprime essa sanção nos arts. 482, letras *b*, *j* e *k*, e 483, letras *b* e *e*.

Explicado pela condição de hipossuficiência do empregado, a ordem jurídica elaborou técnicas de reforço de tutela e, com isso, acrescentou ao Estado poderes de intervir na realização individual do trabalho. Observe-se, porém, que essa intervenção não exclui o resguardo excepcional de direitos patrimoniais, cuja defesa compete diretamente às partes do contrato (não pagamento do salário mínimo, por exemplo, que configura infração e acarreta multa, como se vê do art. 120 da CLT). A participação do Estado, na formação de uma relação jurídica sobre as relações de trabalho, visa ao resguardo dos interesses personalíssimos do trabalhador e que dizem respeito à sua incolumidade física, à sua saúde, à sua pessoa, no trabalho. Haja vista a sanção por falta de concessão de férias (CLT, art. 146), assim como todo o elenco de sanções impostas por infringência a normas de segurança e higiene do trabalho (arts. 154 a 223, Consolidados).

Ora, o desempenho da ação jurídica nesse campo — o asseguramento de sua tutela — cabe a outra pessoa, que é o Estado, e que comparece em uma relação jurídica de Direito Público, tendo como pólo oposto a empresa empregadora. Trata-se de específica qualificação de interesse público, que visa a reforçar a tutela do interesse individual de cada empregado, transmutado em interesse público, pela generalidade com que sucede e em virtude da natureza da pessoa encarregada de por ele velar: o Estado.

Em linhas básicas mas nítidas, incumbe situar, aqui, o interesse coletivo, que representa uma forma grupal de aglutinação e de realização de interesses individuais, mas vistos sob o prisma geral, porém, confinado, da categoria. Os interesses coletivos sobrelevam-se aos individuais — porque também os asseguram —, mas se ajustam ao interesse público e, muitas vezes, se lhe adicionam (a representação sindical junto à autoridade fiscalizadora — p. ex., CLT, art. 513, letras *a* e *d*). Esses interesses personificam-se no Sindicato, que é o único, e primordialmente, sujeito de direito coletivo do Trabalho.

Observe-se que tanto o Sindicato como o Estado — quando empregadores, isto é, como portadores ou destinatários de direitos e obrigações em um contrato individual de Trabalho — podem ser sujeitos de Direito Individual do Trabalho.

Sob esse aspecto, avulta o caráter patrimonial dos interesses em jogo.

A criação do FGTS trouxe, porém, uma figuração nova para os interesses objeto de regulamentação e tutela no Direito do Trabalho, assim como criou uma nova esfera jurídica de canalização e centralização jurídicas, de natureza patrimonial, com fins nitidamente econômicos e gerais: o Fundo.

Antes de enfrentarmos o problema da personalidade jurídica do Fundo, expomos, em quadro sinótico, as suas implicações que são verdadeiras conseqüências por ele imprimidas no tráfico das relações de trabalho. A essas conseqüências podemos denominar “fins concretos”, derivados do FGTS.

FGTS – FINS CONCRETOS

A) INTRACONTRATUAIS

- a) Natureza salarial do recolhimento (equivalência denunciada pelo Decreto-Lei nº 368, de 19-12-1968, à força de expressa remissão do art. 19 da Lei nº 5.107/66)
- b) Art. 8º, II, b e c (casa própria e necessidade imperiosa)
- c) Aposentadoria pela Previdência Social (art. 8º, I, parte final, combinado com a Súmula 21 do TST)

B) PÓS-CONTRATUAIS

- a) Levantamento. Nas rescisões, pelo empregador, na do contrato a prazo, nas aposentadorias, se ocorre rescisão do contrato (com remissão ao art. 453, "in fine", da CLT) (arts. 6º e 9º)

Nas rescisões, pelo empregado, nas hipóteses do art. 8º, letras a e d.

C) EXTRACONTRATUAIS

- a) Recolhimento do Fundo
- b) Gestão – Aplicação pelo BNH (arts. 12 e 13)
- c) Programa de aplicação

Área financeira
Área habitacional

D) PREVIDENCIARIAS

- a) Destinação – Art. 9º (falecimento do empregado)
- b) Equiparação – Art. 20 (crédito privilegiado-prescrição)
Art. 19 (depósito não realizado: juros, correção e multa)

A) MATERIAIS

Disciplina uma forma de rescisão do Contrato de Trabalho Rompimento com a estabilidade (Constituição Federal, art. 165, XIII)

B) PROCESSUAIS

- a) Legitimação para a reclamação (art. 20) – Previdência Social.

- b) Art. 21 – Legitimação do empregado para a ação.

Parágrafo único – Da propositura da reclamação, será sempre notificado o INPS, para fins de interesse do FGTS. (Decreto nº 59.820, de 20-12-66, art. 60)

– (A Justiça do Trabalho só tem competência para autorizar o levantamento do depósito do FGTS na ocorrência de dissídio entre empregado e empregador e após o trânsito em julgado da sentença)

Competência (art. 22), Prejulgado 57.

1
Econômicos

2
Jurídicos

3. A Personalidade Jurídica

A investigação jurídica, em geral, vem sofrendo uma inversão de ótica no estudo da personalidade jurídica. Vem-se obstinadamente estudando o conceito de pessoa como um conceito originário no tráfico jurídico, quando esse conceito é um conceito-resultante. Trata-se de conceito atributivo, no sentido de que se cria um centro de captação e de irradiação jurídica, menos ou mais intenso, segundo a porção de direitos e deveres que lhe são atribuídos pela Ordem Jurídica.

Nada haveria de espantoso em afirmar que o conceito de pessoa, embora exposto em traços definidos e como que estáticos, é, sob o plano da atributividade, um conceito gradual.

Em várias passagens do tráfico jurídico, apreendem-se pontuações (que são centros de captação e de irradiação jurídicas) ora mais definidas, ora menos; algumas vezes intermitentes, outras, episódicas, em sua maioria, permanentes, pontuações essas, que, como esferas jurídicas, centralizam feixes de direitos e de deveres jurídicos e que, por isso, naquele momento são ou foram pessoas. Apreendidas na focagem do pesquisador, verifica-se que exteriorizaram porções de vida jurídica e não lhes podemos negar a *qualitas juris* da personalidade, ainda que formal e aparentemente defectivas ou incompletas.

É cativante notar que, em suas raízes, há um elemento jurídico da maior relevância e que atrai a tutela, ainda a geral e a funcional, da Ordem Jurídica. Esse elemento é um dado, originariamente humano, a que chamamos interesse.

Ao Direito cumpre tutelar interesses, elemento do mundo não-jurídico, que se juridiciza nos incontáveis círculos da ação jurídica. Sobre interesses criam-se direitos e deveres jurídicos. Outra não é a função do Direito.

Incurso em posições reversas, costumamos focar o interesse em função da pessoa, quando, juridicamente, dá-se o justo contrário: para além do homem, reconhecem-se ou constroem-se as pessoas exatamente em função de interesses e do grau de tutela que os deva resguardar. Na verdade, a vida jurídica não passa de uma distribuição ou de um equacionamento de interesses (já classificados em individuais, coletivos, sociais, públicos, privados, estatais etc.), que são apreendidos pelas normas jurídicas, através de sua centralização na forma de direitos e deveres — em pontos mais ou menos intensos, repetimos, mais ou menos completos, chamados pessoas, que são os sujeitos de direito.

Lehmann, revisto por Heinz Hübner, deixa claro que sujeito de direito, pessoa, centro de direitos e deveres e capacidade jurídica são uma e a mesma coisa (*Rechtssubjekt, Person im Rechtssinn, ist also, wer Rechte und Pflichten haben kann, wer rechtsfähig ist, Cf. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Auf., Berlin, Warter de Gruyter & Co., 1966, pág. 84*).

Heinrich Lehmann, em outra obra, vertida para o espanhol, não define o sujeito de direito senão como o portador das faculdades contidas no direito subjetivo e o sujeito de deveres, ao portador da vinculação originada por mandatos jurídicos, para concluir que a capacidade jurídica é a idoneidade da pessoa para ser sujeito de direito (cf. "Tratado de Derecho Civil", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, Parte General, 121).

Não será fastidioso trazer, aqui, o desenvolvimento inicial de Pontes de Miranda:

“Rigorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação ou de exceção. Mas importa que haja “direito”. Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito; é pessoa; isto é, o que *pode* ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz.” (Cf. “Tratado de Direito Privado”, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1954, T. I, pág. 153, nº 1.)

O renomado autor não fugiu à inversão conceitual, a que acima aludimos, como se o fato, em si, de ser pessoa produzisse direitos e não o centralizar direito é que produz a pessoa. Não fora assim não se explicaria a existência histórica de homens que não foram sujeitos de direito, que não foram pessoas.

Abaixo, porém, de sua exposição, o tratadista cede à realidade:

“A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é entrar no suporte fático e *viver* nas relações jurídicas, como um dos termos delas. Para se ser *pessoa*, não é preciso que seja possível ter *quaisquer* direitos; basta que possa ter *um* direito. *Quem pode ter um direito é pessoa.*” (Pontes de Miranda, ob. e T. cit., pág. 153/154.)

Na área do Direito Público não se discrepa na conceituação, como ensina Ospitali, ao definir a capacidade jurídica como a idoneidade da pessoa de ser sujeito de direito (cf. Ospitali, Giancarlo, “Istituzioni Di Diritto Pubblico”, Padova, CEDAM, 1962, pág. 25) ou como Biscaretti Di Ruffia, dos mais autorizados publicistas italianos, para quem as pessoas físicas e jurídicas contradistinguem-se por uma capacidade jurídica (ou aptidão para serem titulares de relações jurídicas) e por uma capacidade de agir (ou aptidão para exercitarem diretamente os direitos e deveres inerentes às relações jurídicas mesmas) (cf. Ruffia, Paolo Biscarretti di, “Diritto Costituzionale – Istituzioni di Diritto Pubblico”, 8va. Ediz., Napoli, Ed. Eugenio Jovene, 1969, pág. 130).

Se a idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, se esta exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, como, aliás, acentua Caio Mário da Silva Pereira (cf. “Instituições de Direito Civil”, Rio de Janeiro, Ed. Forense, T. I, pág. 139), não se há de fugir que o conceito de pessoa e o conceito de personalidade jurídica são conceitos-função: ali onde a Ordem Jurídica situou um ponto de captação ou de intersecção de direitos e deveres, ali se depara uma pessoa, em sentido jurídico.

Ao atribuir ao homem a personalidade jurídica (note-se que ela se desenha desde o nascituro ou em efeito retrooperante), a Ordem Jurídica tornou-o apto para centralizar ações jurídicas sobre interesses, que lhe são reconhecidos como bens jurídicos. Não se define o bem jurídico senão como o interesse que a Ordem Jurídica reputou relevante e juridicizou. Para que o tráfico jurídico se escoasse normalmente era indispensável a pontuação, a existência de esferas jurídicas, que se intercomunicassem, através de direitos e deveres.

No curso de nossas indagações, até ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, é indispensável se exponha outra, todavia rápida, ordem de idéias.

O princípio teleológico, da finalidade, é inseparável do Direito, como técnica de vida a serviço da vida (Carlos Campos).

Biscaretti di Ruffia, em penetrante apanhado, afirma que, no Direito Público, exige-se a capacidade de agir como um necessário pressuposto para o gozo da capacidade jurídica, dado o caráter eminentemente pessoal dos direitos e deveres que se lhe ligam (ob. cit., pág. 130).

Ao cientista peninsular não poderia passar despercebido o substrato filosófico de seu axioma e esse substrato nada mais significa do que a observância do princípio da finalidade na criação e no reconhecimento das pessoas jurídicas *stricto sensu*. Só se reconhecem pessoas jurídicas cujo objeto seja lícito ou compatíveis sejam os seus fins com os princípios básicos norteadores de determinada Ordem Jurídica. Portanto, à criação da pessoa jurídica segue a declaração de seus fins e toda a sua existência está neles amarrada: realize-os todos ou não.

4. O FGTS e a Personalidade Jurídica

O tema com que arrostar agora é a existência ou não da personalidade jurídica do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço.

No início de nossas elaborações, vimos que o Estado passou a compor a relação jurídica de trabalho, como sujeito de Direito do Trabalho, em dois planos distintos: A) como sujeito de Direito Público (Administrativo), quando fiscaliza, autua e multa; B) como sujeito de Direito Individual, quando admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (o Estado empregador), excluindo-se, obviamente, a relação jurídica com o funcionário público, que se compartimenta em regime jurídico diverso e que se vai tornando excepcional.

Sucedee, porém, que ao instituir-se o regime jurídico do Fundo de Garantia, o sistema jurídico brasileiro empreendeu um desdobramento tal de ação jurídica e de pontuações jurídicas que acabou por desfigurar as linhas tradicionais e antes acanhadas do Direito do Trabalho, nele incorporando um pólo indefinido de atração jurídica, o FGTS e com ele fazendo coincidir um peculiar feixe de interesses econômicos ou patrimoniais, interesses estes que não coincidem com aqueles tradicionalmente tutelados pelo Direito do Trabalho e que formam o conteúdo objetivo-subjetivo da disciplina: empregado, empregador, sindicato, Estado-fiscal.

Por outro lado, os interesses centralizados no Fundo de Garantia são enormemente interesses estatais, ligados à ordem econômica geral, mas não se confundem com aqueles que, anterior e paralelamente, legitimaram o Estado nas relações jurídicas de trabalho. Esses novos interesses são autônomos e se reúnem em vultosas quantias de dinheiro, cujas aplicações, cujo giro e cujos rendimentos são acionados por fins de programação nacional, estreita e diretamente ligados ao desenvolvimento econômico do País, em sua cadeia financeira e em seu planejamento habitacional.

A confluência de tão grandes interesses, sua manipulação e sua tutela haveriam de conduzir a um ponto jurídico. Esse ponto é o Fundo, a que, expressamente, não se denominou pessoa jurídica.

A Lei nº 5.107 não se aventurou em qualificar o Fundo como pessoa jurídica e, menos ainda, em identificá-lo como uma das pessoas jurídicas admitidas *stricto sensu* pela Ordem Jurídica. Parece-nos que isso se deve à idéia preconcebida do legislador de, não corporificando o ente, não trazer sequer a suposição de que ele seria o titular ou o destinatário dos bens, isto é, de dinheiros arrecadados, porque estes tiveram uma discutível destinação na pessoa do trabalhador, como uma garantia econômica substitutiva da garantia da estabilidade e do regime consolidado da indenização por dispensa.

Ao afirmarmos "destinação discutível", queremos deixar claro que, em suas linhas gerais, as importâncias recolhidas em nome do tutelado, na conta vinculada, dão-lhe titularidade de cunho jurídico, do dinheiro, mas o efeito suspensivo de que são portadores, as condições impostas para o seu levantamento, instilam-lhe a devida sensação de que possuem a coisa mas não podem atingi-la, dela não podem desfrutar, senão excepcional e acidentalmente. No plano psicológico, o Fundo tornou-se uma esperança e uma permanente fonte de angústia. E por quê?

O encobrimento formal da personalidade jurídica do Fundo permite apenas se entreveja que goza ele de posição jurídica privilegiada na apropriação e no manuseio dos dinheiros arrecadados, pois não logra dissimular sua função jurídica de representante absoluto (há sua figura?), de um procurador *ad rem propriam*, que os traslada a um gestor, como blandiciosamente titula ao BNH o art. 11 da Lei nº 5.107, mas que, na realidade, dispõe da generalidade desses dinheiros, fazendo-os aplicar e lhes colhendo frutos da mais variada ordem e das mais gigantescas proporções (arts. 13 e 14 da Lei nº 5.107).

O artigo 11 citado apenas diz:

"Fica criado o "Fundo de Garantia do Tempo de Serviço" (FGTS), constituído pelo conjunto das contas vinculadas a que se refere esta Lei, cujos recursos serão aplicados com correção monetária e juros, de modo a assegurar cobertura de suas obrigações, cabendo sua gestão ao Banco Nacional da Habitação."

Esse dispositivo andaria mais rente com a realidade jurídica nele e em outros artigos subentendida se afirmasse categoricamente: "Fica criado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) como pessoa jurídica..." E perguntaríamos: qual pessoa jurídica? Se ele se constitui "pelo conjunto das contas vinculadas a que se refere esta Lei", e se se contestasse o seu capital constitutivo como a soma das importâncias depositadas a seu favor e em constante giro, responderíamos, sem temor, que esse capital (embora não afirmemos "a totalidade do dinheiro em aplicação") é o resíduo das importâncias arrecadadas e em movimento, incrementado pelas operações de aplicação ou pelas perdas em seu favor e sobre as quais se titulariza ele definitivamente.

Eis os dispositivos denunciadores da formação e da sedimentação do capital do FGTS:

"Art. 7º — Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por justa causa, nos termos do art. 482 da CLT, o empregado fará jus ao valor dos depósitos feitos em seu nome, mas perderá, a favor do Fundo aludido

no art. 11 desta Lei, a parcela de sua conta vinculada correspondente à correção monetária e aos juros capitalizados durante o tempo de serviço prestado à empresa de que foi despedido.

Art. 9º — Falecendo o empregado, a conta vinculada em seu nome será transferida para seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, e entre eles rateada segundo o critério adotado para concessão de pensões por morte.

Parágrafo único — No caso deste artigo, não havendo dependentes habilitados no prazo de dois anos a contar do óbito, o valor da conta reverterá a favor do Fundo a que alude o art. 11.

Art. 14 — O BNH restituirá ao Fundo, acrescido dos juros e da correção monetária, o montante das aplicações de que trata o art. 13.”

Finalmente, o art. 18 — parágrafo único — que emoldura uma sibilina forma de conversão, ali chamada “reversão”.

No exame da explicação jurídica da existência de uma pessoa jurídica *stricto sensu*, deixamos bem claro que ela aparece desde o instante em que se torna um centro de cruzamento e de retenção de direito e deveres jurídicos. O possuir bens apenas lhe explica um substrato básico de natureza econômica, através do qual melhormente realiza os seus fins. Se a doutrina formalista exige, para sua configuração, como pessoa, o tracejamento expresso e a denominação, a doutrina realista apenas se serve dos seus elementos jurídicos constitutivos e deles extrai a pontuação jurídica, chamada pessoa. A doutrina realista atende ao princípio teleológico, ao princípio da finalidade, princípio esse que anda rente com toda a construção e explicação do Direito, com técnica de distribuição e de regulamentação de interesses.

Situado o Fundo como ponto de intersecção de direitos e deveres jurídicos, sucedem-se, na Lei nº 5.107 os dispositivos que lhe desvendam a fisionomia personalizadora. Como credor, apontam-se os artigos 2º, 3º e 4º, em que se lhe asseguram depósitos, correção monetária e capitalização de juros. A mesma ressonância de sujeito ativo de uma relação jurídica e com direito a prestações da mesma natureza, encontra-se nos já citados arts. 9º, parágrafo único, § 2º do art. 10 e artigo 14. Por outro lado, como sujeito passivo, vinculado obrigatoriamente por prestação de débito (na linguagem de Brinz), revela-se a pontuação personificada do Fundo, nos arts. 6º a 10 (que disciplinam os casos de levantamento por empregado ou dependentes), § 2º do art. 12 (gratificação periódica dos membros do Conselho Curador), § 4º do art. 13 (taxa de administração paga aos agentes financeiros credenciados) e art. 15 (despesas gerais, decorrentes da gestão do Fundo, pelo BNH).

O § 1º do art. 10, criando uma faculdade jurídica de relação de tempo de serviço para levantamento de depósitos para construção de casa própria, apenas limita poderes situados no Fundo, transferindo-os ao BNH, em termos de deliberação opcional.

Já o art. 13 — com o credenciamento do BNH, dos órgãos integrantes do Sistema Financeiro de Habitação e/ou dos estabelecimentos bancários para

as aplicações de dinheiros do Fundo e, com as garantias, correção monetária, rentabilidade mínima, prévia programação, comprar, por capitais excedentes, Obrigações do Tesouro Nacional ou outros títulos de renda —, demonstra que o Fundo se acha visivelmente implicado em um tráfico jurídico de enorme intensidade, como ponto, ora ativo, ora passivo, de relações jurídicas sobre interesses econômicos no sistema habitacional e no mercado de capitais. Observe-se que se a lei credencia é porque admite duas ou mais pessoas formando a relação jurídica de delegação.

Embora não enunciasse a qualidade de sujeito de direito do Fundo nem a qualificasse, a sua natureza de patrimônio institucionalizado (composto de bens de capital de giro) e erigido em titular de relações jurídicas da mais variada espécie, que tem órgão (integrado por pessoas físicas) como o Conselho Curador, com poderes de constante revisão normativa de sua conduta, leva a crer que o legislador não conseguiu de todo ocultar a afinidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com personalidade jurídica das Fundações. Ainda que não possua órgão de execução (pois a gestão cabe ao BNH), integra-o órgão de administração, de vigilância e normatização, que é o seu Conselho Curador. Esse órgão goza de força deliberativa, sob forma de "planejamento elaborado" (art. 12).

Há patrimônio destacado, há afetação de fins, há administração de dinheiros próprios (os resíduos) e há administração de dinheiros de terceiros (dos empregados e dos empregadores, sujeito o levantamento a efeito diferido ou a condição suspensiva).

Examinando as fundações independentes, muito em voga, no início do século, na Alemanha (as *unselbständige Stiftwegen*), Sá Leilles definia, em amplo sentido, essas pessoas jurídicas, "como toda a constituição do patrimônio ou de qualquer forma onerada de afetação: é a afetação dada a certos bens que constitui a fundação" (cf. Caetano, Marcelo, "Das Fundações", Lisboa, Edições Átila, 1962, pág. 25).

Ao alimpar idéias, podemos assimilar o Fundo de Garantia à forma jurídica de fundação. Ele é o destinatário dos recolhimentos de contribuições. De parte delas e de parte de seus fundos se torna titular e titular de outra parte sujeito a uso diferido ou condicional é o empregado e/ou o empregador, como se vê dos arts. 2º, parágrafo único, e 8º da Lei nº 5.107.

Nessa altura, pretendemos demonstrar que o caminho da personificação se explica e se exprime na realização de interesses econômicos fundamentais, que o Estado chamou a si e cuja administração e disponibilidade colocou sob o seu poder jurídico.

Ainda que assim não seja, louve-se ao Direito do Trabalho, que, demonstrando surpreendente capacidade de desdobramento, abriga uma forma nova de interesse, de natureza estatal, que não se confunde com os interesses do empregado nem com os do empregador, nem com os dos Sindicatos, quando empregadores, nem com os do próprio Estado, no exercício do Poder de Polícia. Esses interesses, a que dão tutela regras trabalhistas, são interesses diretos e gerais da economia nacional, porque realizam fins visceralmente nacionais de programação definida e estruturada em todo o sistema de economia em desenvolvimento.

A discriminação contra o trabalho feminino

FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA

Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Mogi das Cruzes. Juiz do Trabalho, Presidente da 16ª JCM de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP.

SUMÁRIO:

Introdução. 1ª parte: A discriminação contra a mulher. Alguns dados históricos e sociológicos. 2ª parte: A discriminação contra o trabalho feminino: 1. A discriminação contra o trabalho feminino — fenômeno universal. 2. A discriminação contra o trabalho feminino no Brasil: **a)** a situação anterior a 1930; **b)** a regulamentação na década de 1930; **c)** a Consolidação das Leis do Trabalho (1943); **d)** a situação atual; **e)** as perspectivas. Conclusões (síntese do trabalho). Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, as mulheres têm sido oprimidas de diversas maneiras.

É claro que a opressão é altamente diversificada, revestindo-se das mais diversas modalidades. E as próprias mulheres, freqüentemente, colaboram com várias dessas modalidades de opressão.

A discriminação contra as mulheres, que dura há milênios, tem encontrado uma de suas mais altas expressões na discriminação contra o trabalho feminino.

No presente trabalho, serão lembrados, de início, alguns dados históricos e sociológicos que explicam a situação da mulher, no contexto global da sociedade, notadamente no que diz respeito ao trabalho.

A seguir, será abordada a discriminação contra o trabalho feminino (a segunda parte do trabalho), inicialmente com alguns exemplos de outros países e, logo depois, com uma síntese de tal discriminação no Brasil.

Nesse segundo capítulo da parte segunda, serão examinados, sucessivamente, os seguintes assuntos: a situação anterior a 1930; a regulamentação na década de 1930; a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943; a situação atual; as perspectivas.

Finalmente, serão apresentadas algumas das conclusões que podem ser extraídas da exposição.

Embora não tenha pretensões à originalidade, o presente trabalho pretende ser uma contribuição à luta contra a discriminação. Parte, assim, de determinadas premissas e adota desde o início uma determinada posição.

As premissas básicas sobre as quais se desenvolve o trabalho poderiam ser sintetizadas da seguinte maneira: há, desde o início da história da humanidade, uma situação de profunda desigualdade entre o homem e a mulher. Tal situação não decorre de fatores "naturais", de fatores biológicos, de dados da natureza, e, sim, de fatores históricos, políticos e até certo ponto, sociológicos e psicológicos. Em outras palavras, inexistente a "inferioridade" da mulher, e a desigualdade existente, há tantos milênios, decorre de superestruturas ideológicas e culturais. Logo, esta situação pode ser modificada. As modificações já ocorridas até o momento podem ser aceleradas e intensificadas. Mais importante ainda que tal aceleração e tal intensificação é a própria generalização do fenômeno às várias regiões do mundo, às várias classes sociais e aos vários países.

Se os ventos sopram nessa direção, isso não exclui as imensas dificuldades que se anteparam e que surgem no caminho das modificações e do progresso.

Uma atitude passiva e de tranqüilidade só tenderia a perpetuar as desigualdades atualmente existentes. Entre muitas outras desigualdades, é chocante a subsistência de tantas situações injustas e de tantos preconceitos, sempre, ou quase sempre, em benefício dos homens e em detrimento das mulheres.

No estudo das liberdades públicas, não pode ser esquecida a tormentosa questão da situação da mulher e, sobretudo, do trabalho feminino. Ao lado de tantas outras questões, inclusive da questão social (tanto em sentido amplo como em sentido restrito, de luta de classes), a problemática do trabalho feminino estimula uma pesquisa, uma análise e uma tomada de posição.

E essa tomada de posição será no sentido de colaborar para a aceleração do longo e lento processo de desaparecimento das desigualdades existentes entre homens e mulheres. Lembre-se que o ideal de igualdade sempre foi perseguido pela humanidade, através de lutas e de revoluções. E um dos pontos culminantes da luta pela igualdade foi, sem dúvida, a Revolução francesa.

Como diz Colliard, "*l'égalité est l'idée maîtresse de la Révolution de 1789*" (1). Ora, apesar disso, curiosamente, "*le mouvement égalitaire marqué par la Révolution française ne concerne pas les femmes*" (2). Surge inevitavelmente a indagação: se a igualdade é a idéia mestra da Revolução, por que os revolucionários não aceitavam a idéia da igualdade entre homens e mulheres? Por que os revolucionários elaboraram lei proibindo as assembleias e os clubes de mulheres? Por que Robespierre, Amar, Chaumette e tantos outros entendiam que a mulher deveria ser apenas "*a divindade do santuário doméstico*"? Por que as mulheres esperaram inutilmente que a Revolução as libertasse? Por que os movimentos e revoluções socialistas, no século XIX e no século XX, também não solucionaram o problema da desigualdade entre homens e mulheres? Por que subsiste a milenar desigualdade, até mesmo nos países de maior nível de civilização, quando já nos aproximamos do final do século XX?

Foram tais indagações que provocaram a elaboração do presente trabalho. Mesmo sem a pretensão de apresentar soluções para o milenar problema, será feita uma tentativa de compreendê-lo e de interpretá-lo.

PRIMEIRA PARTE

A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Alguns dados históricos e sociológicos

Para enfatizar os equívocos, os mal-entendidos e os preconceitos existentes nas várias civilizações e nas várias épocas históricas, há autores e autoras que salientam que certas afirmações, feitas geralmente num meio burguês, no sentido de que "agora a mulher trabalha", são afirmações relativas "a uma certa categoria de mulheres, considerada como a única representante da feminilidade" (3).

Houve nos últimos tempos, notadamente em função das guerras mundiais de 1914/1918 e de 1939/1945, uma mudança inegável. Em alguns países mais altamente industrializados, as mulheres que trabalham são mais numerosas do que há cinquenta anos. Todavia, em outros países tanto capitalistas como socialistas, o número de mulheres que trabalham é bem menor do que o número de mulheres que trabalhavam em outras épocas. Assim, a transformação que mais chama a atenção é a relativa

(1) Colliard, Claude-Albert — "Libertés publiques". Paris, Dalloz, 1975. 5.ª edição, pág. 168.

(2) Colliard, Claude-Albert — ob. cit., pág. 195.

(3) Sullerot, Évalyne — "História e Sociologia da mulher no trabalho". Rio de Janeiro, Editora Expressão e Cultura, 1970, pág. 9.

à situação da mulher burguesa, transformada em "símbolo, bem abusivo, da **condição feminina**" (4).

Évelyne Sullerot sustenta exatamente que o trabalho humano nunca foi estudado no seu conjunto, sob o ponto de vista feminino. Todavia, sempre existiram "diferenças profundas (...) entre o trabalho das mulheres e o dos homens". E as mulheres nunca teriam enfrentado, de acordo com a mesma autora, "o trabalho nas mesmas condições, nem no tipo de relação que o homem, e jamais as teorias ou as análises dos especialistas do trabalho humano foram inteiramente aplicáveis às mulheres" (5).

A diferença de situação entre homens e mulheres remonta à antiguidade. E mesmo os maiores filósofos aceitavam com naturalidade essa situação, procurando mesmo explicá-la e justificá-la.

Xenofonte atribui a Sócrates as seguintes palavras:

"As artes aplicadas perderam todo o prestígio, e é com razão que o governo não lhes dedica qualquer atenção. Minam o corpo de quem as exerce, forçando essas pessoas a ficar em casa e, por vezes, a ter que instalar-se perto do fogo. Ora, quando os corpos são efeminados, as almas perdem toda a sua energia."

É verdade, por outro lado, que no diálogo constante do Livro V de "A República", "Sócrates opõe-se ao sentimento de seus compatriotas que consideravam a mulher inferior, por natureza, ao homem, e apta somente aos trabalhos domésticos" (6).

Nos referidos diálogos de "A República", surge a seguinte comparação:

"— achamos que as fêmeas dos cães devem cooperar com os machos na guarda, caçar com eles e fazer tudo o mais em comum, ou que devem permanecer no canil, incapazes de outra coisa porque parem e alimentam os filhotes, enquanto os machos trabalham e assumem todo o encargo do rebanho?" (7).

Entre os antigos gregos como entre vários outros povos, a situação das mulheres era análoga à dos escravos.

Platão teria dito:

"Se a Natureza não tivesse criado as mulheres e os escravos, teria dado ao tear a propriedade de fiar sozinho!"

(4) Sullerot, Évelyne — ob. cit., pág. 10.

(5) Sullerot, Évelyne — ob. cit., pág. 11.

(6) Xenofonte — "Econôm. 7, 22", apud Robert Baccou, autor das notas de "A República", de Platão, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1973, 2.º volume, pág. 11, nota 14.

(7) Platão, "A República", ob. cit., 2.º vol., pág. 8.

Como lembra Évelyne Sullerot, "Aristóteles desprezava o trabalho manual, que ocupava os momentos necessários para a vida teórica e política. Desprezava, também, aqueles e aquelas que faziam esses trabalhos, "porque são semelhantes a essas coisas inanimadas, que agem sem saber o que fazem, como o fogo queima sem saber que queima. As coisas inanimadas realizam as suas funções, em virtude da sua própria natureza."

Depois de tal citação de Aristóteles, e sem dar a fonte de onde a tirou, afirma Évelyne Sullerot:

"Os escravos e as mulheres, das quais uma grande parte são escravas ou realizam trabalhos geralmente reservados aos escravos, quando o dono não tem posses para os comprar, isto é, a produção da quase totalidade da alimentação e das roupas, as mulheres, repetimos, iniciam, assim, o seu regime de desvantagens, de que nunca mais se recuperarão." (8)

Foram as mulheres que, em companhia dos escravos, durante séculos, executaram todas as tarefas consideradas subalternas — e que eram básicas —, libertando os homens e permitindo-lhes que se consagrassem "às nobres atividades do espírito". Por isso e para isso, as mulheres foram sempre afastadas de tudo que era "considerado nobre, principalmente a arte, a política e a filosofia" (9).

A divisão do trabalho foi sempre prejudicial às mulheres. Basta lembrar que "os escravos homens trabalhavam fora, os escravos mulheres e as mulheres de homens livres, nos serviços domésticos" (10). E essa situação foi sempre considerada perfeitamente normal, correta e justa.

A civilização grega, base de nossa civilização ocidental e de alto índice de progresso, baseou-se na desigualdade entre homens e mulheres. Tal situação era plenamente aceita e justificada pelos homens, inclusive pelos pensadores e escritores. Xenofonte invocava a vontade divina, bem como o argumento da natureza, dizendo:

"Os Deuses criaram a mulher para as funções domésticas, o homem para todas as outras. Os Deuses a puseram nos serviços caseiros, porque ela suporta menos o frio, o calor e a guerra. As mulheres que ficam em casa são honestas e as que "vaguelam" pelas ruas são desonestas (observe-se o verbo pejorativo que o autor grego emprega); para os homens, seria vergonhoso "ficar em casa" (mesma observação) e não se ocupar das coisas de fora de casa." (11)

(8) Sullerot, Évelyne — ob. cit., pág. 27.

(9) Sullerot, Évelyne — ob. cit., pág. 28.

(10) Sullerot, Évelyne — ob. cit., pág. 28.

(11) Xenofonte, "Économiques", VII, *apud* Sullerot, Évelyne, ob. cit., pág. 29.

Essa situação de profunda desigualdade nem sempre há de ser atribuída apenas e exclusivamente aos homens. Decorre também do conformismo e da submissão da grande maioria das mulheres.

Como diz Évelyne Sullerot, "a maior fraqueza das mulheres, no trabalho", foi a recusa ao sindicalismo, por várias razões, entre as quais se encontram o hábito do isolamento, o medo da ação de massa, o medo do que se passa na rua. E isto porque as mulheres também "funcionam em termos de em casa — fora. A melhor mulher do mundo, a mais generosa, a mais decente, a mais conforme o ideal das virtudes femininas, não valerá nada, aos olhos das suas vizinhas, se viver "fora de casa o tempo todo", como diz a expressão popular" (12).

São as próprias mulheres que, muito freqüentemente, se deleitam com o papel feminino, para o qual foram condicionadas pelas tradições e pelos costumes.

Diz a propósito Robert Gubbels:

"La femme aussi croit que son bonheur est d'être tout à la fois adorée et soumise. "Si aucune d'entre nous n'a pu devenir Dante, c'est qu'au fond nous préférons être Béatrice". Ou du moins elle a été habituée à considérer que le bonheur était là et la société pesait de tout son poids pour que chacun reste à sa place traditionnelle. Toutes les femmes n'ont pas la situation sociale et le génie de Georges Sand". (13)

O homem, beneficiário da desigualdade (embora, de certo modo, seja também prejudicado), tem colaborado, como é evidente, para a manutenção da mesma. Assim, o mito de uma desigualdade "natural", que decorreria da própria natureza, tem atravessado todas as épocas da história. E embora alguns povos e civilizações tenham tido um "estatuto feminino" mais igualitário, nenhum povo e nenhuma civilização ousou desfazer-se, até agora, do referido mito.

Nas palavras do mesmo autor belga Gubbels, é notável que nenhuma civilização tenha jamais erigido em princípio a equivalência do homem e da mulher. E ele próprio grifa essa sua afirmação:

"Chose remarquable, aucune civilisation jusqu'à présent n'a jamais érigé en principe l'équivalence de l'homme et de la femme. Aucune n'a été tentée d'admettre qu'en dehors d'une différenciation des fonctions sur le plan de la procréation il n'y avait entre l'homme et la femme aucune différence susceptible d'influencer le statut politique, économique ou social de cette dernière". (14)

(12) Sullerot, Évelyne — ob. cit., pág. 31.

(13) Gubbels, Robert — "Le travail au féminin". Verviers (Belgique), Éditions Gérard (Collection Manabout Service), 1967, pág. 8.

(14) Gubbels, Robert — ob. cit., pág. 20.

Todavia, as pesquisas dos fisiologistas demonstraram que não há entre o homem e a mulher nenhuma diferença física essencial. Só há algumas diferenças morfológicas e fisiológicas. Poder-se-ia mesmo dizer que a mulher é mais resistente, mais longeva e mais forte do que o homem. A mulher resiste melhor do que o homem à dor, à doença, à falta do sono e às privações. Talvez ela se fatigue mais depressa. Mas essas pequenas diferenças meramente fisiológicas e morfológicas nada têm de essencial, mesmo uma relativa fraqueza muscular. Como diz Gubbels, "il n'y a rien d'essentiel dans tout cela" (15).

O objetivo de uma igualdade entre homens e mulheres, de uma verdadeira igualdade, é sem dúvida um objetivo longínquo, mas não é inatingível. Alguns progressos têm sido obtidos nos últimos anos, sobretudo a partir de 1945.

Por ocasião do Ano Internacional da Mulher, em 1975, Helvi L. Spilä, jurista finlandesa, secretária-geral da Conferência das Nações Unidas para o Ano Internacional da Mulher, que se realizou no México, de 19 de junho a 2 de julho de 1975, fez um balanço da situação da mulher no mundo. Afirmou então o seguinte:

"Desde a fundação das Nações Unidas em 1945, muito se fez para melhorar a situação da mulher no mundo, sobretudo no plano jurídico, no sentido de conceder-lhe igualdade de direitos com os homens na vida política, econômica, social e familiar. Mas tradições muito antigas, atitudes e práticas arraigadas custam a mudar, e a distância entre a lei e a realidade ainda é grande."

A percentagem de mulheres que ocupam postos de decisão política ainda é impressionantemente reduzida. Lembre-se que o sufrágio universal foi adotado na França pela Constituição de 1848. E só no século XX as mulheres conquistaram, pouco a pouco, e depois de muitas lutas das "sufragistas", do direito de voto.

Aliás, a nação precursora, nesse campo, foi a Nova Zelândia, que concedeu o direito de voto às mulheres já em 1893. Mesmo assim, em 1972, naquele país, 92% dos candidatos e 95% dos eleitos eram homens. Na grande maioria dos países, a situação é a mesma: pouquíssimas são as estadistas, pouquíssimas são as parlamentares.

No Brasil, por exemplo, as parlamentares podem ser contadas em cada legislatura: uma, duas, talvez três. E isto apenas em Câmaras Municipais, em algumas Assembléias Legislativas, esporadicamente na Câmara dos Deputados, nunca no Senado Federal.

No campo da educação, a discriminação contra a mulher continua em vigor em quase todos os países, na grande maioria das escolas, de vários níveis. Em muitos países, as mulheres se encontram em desvan-

(15) Gubbels, Robert — ob. cit., págs. 20/21.

tagem em todos os níveis de ensino. E onde existe analfabetismo, como no Brasil, a percentagem de mulheres analfabetas é sempre muito superior à dos homens.

Mesmo os cursos de alfabetização de adultos, existentes em vários países, como por exemplo, o nosso MOBRAL, têm número bem menor de mulheres estudando, principalmente à noite. E os fatores são vários: a distância das escolas, as dificuldades para viajar à noite, as obrigações domésticas, os casamentos precoces e prematuros, as atitudes antiquadas dos mais variados tipos.

Nota-se sempre, por outro lado, a diversidade de currículos, de métodos de ensino e de assuntos conforme o sexo. E daí decorre, em boa parte, o grave problema da clivagem, isto é, da segregação de fato entre profissões ditas masculinas e profissões ditas femininas. É inegável a preponderância de mulheres em certas atividades e sua pequena ou nula participação em outras. E isto porque, em regra geral, a "escolha" da profissão é induzida por uma educação iniciada na mais tenra infância e baseada sempre na diferença entre os sexos, diferença essa na qual sempre se acredita. Ora, o diferente preparo profissional conduz a oportunidades diferentes no emprego e no trabalho, à diferença de remuneração, à diferença de hierarquia profissional, ficando a "igualdade" apenas teoricamente estabelecida nos textos legais.

Em alguns países, já se começa a compreender que as funções deveriam ser distribuídas equitativamente entre os sexos, a fim de que homens e mulheres tenham iguais oportunidades práticas de participar da vida profissional, da vida cultural, da vida econômica e da vida política.

Em diferentes regiões do mundo, há uma tendência para que a igualdade deixe de ser meramente teórica e passe a ser efetiva, concreta e real.

Ora, para que isso venha a acontecer, num processo que seja, a um só tempo, gradativo e acelerado, é de fundamental importância o estudo da legislação social, da legislação trabalhista e da legislação previdenciária.

Só a igualdade no mundo do trabalho poderá conduzir à igualdade familiar, à igualdade econômica, à igualdade cultural e à igualdade política.

Nenhuma mulher poderá ser efetivamente igual ao homem se não assumir integrais responsabilidades profissionais, nas diferentes áreas da atividade humana. Deverá renunciar a certos "privilégios", a certas "vantagens" e à cômoda (para algumas) posição de "guardiã do lar" e de "divindade do santuário doméstico".

Utilizando-nos das expressões do citado Gubbels, "si l'égalité est — peut-être — en cours d'acquisition, si le monde est — peut-être — en train d'innover, le statut égalitaire doit porter

notamment sur la vie professionnelle et la place dans le monde du travail. **Sans cela il n'y aura pas d'égalité réelle.** Nous allons ainsi vers l'établissement de relations de couple d'un type totalement nouveau qui constitueront peut-être la grande expérience du XXe. siècle" (16).

É esta a razão pela qual trataremos, na segunda parte do presente trabalho, da discriminação contra o trabalho feminino, existente não só nos costumes mas até mesmo na legislação trabalhista que procura "proteger" a mulher e que na verdade é instrumento da discriminação.

SEGUNDA PARTE

A DISCRIMINAÇÃO CONTRA O TRABALHO FEMININO

1) A discriminação contra o trabalho feminino — fenômeno universal

A discriminação contra a mulher e a discriminação contra o trabalho feminino são fenômenos universais, de todas as épocas e de todos os países, embora haja discrepâncias imensas de uns para outros, em função do grau de desenvolvimento, dos regimes políticos e econômicos, das ideologias, das tradições, dos costumes e de tantos outros fatores.

A "Revista Internacional do Trabalho", publicação do Bureau Internacional do Trabalho (secretaria, sede central, órgão de pesquisas e editora da Organização Internacional do Trabalho), encomendou a vários autores estudos especiais sobre a situação da mulher, em comemoração do Ano Internacional da Mulher, em 1975. Esses estudos, oriundos de vários países, bem revelam a universalidade do problema da desigualdade entre homens e mulheres.

Elizabeth Reid, por exemplo, escreve um trabalho sobre "Os direitos da mulher em ponto morto: necessidade de uma mudança radical". Afirma que o princípio da igualdade da remuneração, há muito consagrado na maioria das legislações, é insuficiente para que se faça a justiça implícita na reivindicação original. Surgiu então nova reivindicação: igualdade de oportunidades de emprego, de formação e de promoção. Na verdade, tem sido muito fácil e muito generalizada a manutenção das mulheres em empregos mal remunerados, eludindo-se na prática a aplicação do princípio de igual remuneração por trabalho de igual valor (17).

Salienta Elizabeth Reid que a legislação trabalhista "protetora", embora possa, a curto prazo, beneficiar as trabalhadoras, freqüentemente se volta contra as mesmas, a longo prazo. Ressalva que não quer dizer que não devam ser protegidas certas categorias de trabalhadores, "sino, por el contrario, que no se debe incluir ni excluir a nadie de una de esas categorías simplemente em razón de su sexo **todos deberían estar pro-**

(16) Gubbels, Robert — ob. cit., págs. 8/9.

(17) Cf. Reid, Elizabeth — "Los derechos de la mujer em punto muerto: Necesidad de un cambio radical", in "Revista Internacional del Trabajo", vol. 91, num. 6 — Junho de 1975, pág. 522.

tegidos frente a cualesquiera condiciones perjudiciales para su bienestar físico e mental" (18).

Pelas razões que expõe, afirma a mesma autora ser uma falácia pretender que uma reforma, mesmo incompleta, é melhor do que nada. Na maioria das situações, a opção por determinado tipo de reforma será impossível, a menos que o reformador tenha uma idéia muito clara da sociedade que desejaria instaurar: "... el único medio de obtener una auténtica igualdad sería una reestructuración casi total de nuestra sociedad, en forma tal que salvaguarde la dignidad fundamental de mujeres, hombres y niños" (19).

René Dumont, por sua vez, salienta que a mulher tem sido marginalizada da vida pública, inclusive nos países desenvolvidos. Mesmo naqueles países que possuem direito de voto há algumas gerações, poucas mulheres são deputados ou ministros, e menos ainda nos países dominados ou subdesenvolvidos (20).

Em outro trabalho, Eliane Vogel-Polsky, da Faculdade de Direito da Universidade de Bruxelas, apresenta a "anatomia da opressão", denunciando como fatores de discriminação em prejuízo das mulheres os seguintes mecanismos:

- 1) mentalidades, atitudes e preconceitos sócio-culturais;
- 2) dupla exploração da mulher na família;
- 3) exclusão da mulher do trabalho produtivo como produtor de pleno direito;
- 4) exclusão da mulher da vida política e social.

Os preconceitos e atitudes sócio-culturais são transmitidos essencialmente através do ensino e da cultura. A dupla exploração da mulher na família está caracterizada pelo trabalho doméstico gratuito, socialmente não valorizado, e pela submissão da mulher à transmissão da propriedade. A exclusão da mulher do trabalho produtivo como produtor de pleno direito resulta da exploração da mão-de-obra feminina indispensável à economia em condições específicas: setores quase exclusivamente ocupados por mulheres, vale dizer, a segregação já anteriormente mencionada de profissões ditas masculinas e de profissões ditas femininas. E a exclusão da mulher da vida política e social decorre de seu "papel" biológico e doméstico, como também de sua "incapacidade" jurídica ou cultural para exercer o poder e assumir responsabilidades, entendendo-se que essa incompetência é "natural" (21).

(18) Reid, Elizabeth — Trabalho citado, in "Revista Internacional del Trabajo", Junho de 1975, pág. 524.

(19) Reid, Elizabeth — Trabalho citado, in "Revista" cit., pág. 525.

(20) Dumont, René — "La mujer frente al desarrollo y al hambre en aumento", in "Revista Internacional del Trabajo", Junho/75, pág. 519.

(21) Vogel-Polsky, Eliane — "Perspectivas de promoción de las mujeres en el mundo del trabajo" in "Revista Internacional del Trabajo", vol. 92, num. 1, julho de 1975, págs. 33/36.

Para o estabelecimento da igualdade, E. Vogel-Polsky propõe quatro objetivos essenciais: a transformação ideológica do sistema de valores, uma política dinâmica de formação profissional e de emprego, a adoção de textos legais e regulamentares e uma política familiar ativa. Aborda ainda, depois de descrever cada um de tais objetivos, vários pontos, inclusive a contrapropaganda cultural já utilizada por alguns governos (principalmente Inglaterra e Suécia), a política social para as mulheres que trabalham, o relativo significado prático do princípio de igualdade de salários (em face da mencionada segregação profissional), a aceitação como algo natural e inevitável do sério problema da descontinuidade da carreira profissional feminina (em decorrência do casamento e da maternidade), a persistência da segregação profissional até mesmo nos países que buscam efetivamente a integração da mulher na economia e o problema do controle da aplicação de todas e quaisquer medidas legislativas, inclusive com a participação das mulheres nos órgãos que elaboram e que fiscalizam o cumprimento das leis.

Os juslaboralistas geralmente não fazem críticas ao tratamento dispensado pela legislação trabalhista às mulheres. Esporadicamente, fazem restrições apenas incidentais.

Assim, por exemplo, a professora italiana Luisa Riva Sanseverino limita-se a expor o que diz a legislação de seu país, sem acrescentar quaisquer reparos ou observações críticas. Mas mesmo numa exposição fria transparece aquela situação de desigualdade existente não só na realidade histórica e sociológica como também nas leis, na doutrina e na jurisprudência: "No que concerne à mulher casada, suscita-se o problema da validade do contrato de trabalho prejudicial aos seus deveres de assistência e de colaboração ao marido (art. 143, do Cód. Civil)..." (22).

O art. 117 da L.C.T. portuguesa diz ser "válido o contrato de trabalho celebrado **diretamente** com a mulher casada", como se fosse possível celebrar o contrato **indiretamente**, através do marido... E ainda ressalva: "Poderá, porém, o marido não separado judicialmente ou de fato **opor-se** à sua **celebração ou manutenção**, alegando razões **ponderosas**".

Duas autoras portuguesas falam da "dificuldade que as mulheres encontravam em entrar e permanecer no mundo do trabalho, todo ele pensado numa óptica totalmente masculina" (23). O curioso é que a "óptica totalmente masculina" é adotada até mesmo pelas citadas autoras, ao falar de tais dificuldades, em Portugal, como coisa do passado...

Mas não é exclusividade dos países latinos, como Portugal, Itália, Espanha e Brasil, a existência de numerosos dispositivos com a preo-

(22) Riva Sanseverino — "Curso de Direito do Trabalho". São Paulo, LTr, 1976, pág. 139.

(23) Agria, Fernanda & Cardoso Pinto, M. Luiza — "Contrato Individual de Trabalho". Coimbra, Livraria Almedina, 1972, pág. 212.

cupação de "proteger" a mulher contra quaisquer riscos para sua moralidade e sua saúde e que se revelam na prática como instrumentos de discriminação. O mesmo ocorre também em outros povos não-latinos. Assim, por exemplo, na Alemanha, as trabalhadoras gozam, em princípio, da mesma proteção que os homens. "Pero, por encima de ella, existen preceptos especiales a su favor, que están contenidos, de un lado, en la AZO y, de otro, en la MutSchG de 24-I-1952". Por que tais preceitos especiais? Explicam Hueck e Nipperdey:

"Objetivamente, se trata de que en Empresas determinadas, tales como minas, altos hornos (...) está prohibido, en principio, el trabajo de las mujeres; y que, en otras Empresas los trabajos que impliquen peligros especiales para la salud y la moral, la ocupación de las mujeres puede ser prohibida o puede hacerse depender de ciertos requisitos. Además, los preceptos de la protección a la jornada son más rígidos; en particular, está prohibido el trabajo nocturno desde las veinte hasta las seis horas para las obreras..." (24)

Na França, só a partir de 1965 foi reconhecida liberdade às mulheres casadas para celebrar contratos de trabalho sem risco de sofrer o veto do marido, considerado cabeça do casal e chefe da família pelo Código Civil de 1804 (Código Napoleão) (25).

Esses poucos exemplos e essas referências a alguns dos vários trabalhos publicados em diversos países, nos últimos anos, talvez sejam suficientes para mostrar que muitos dos dispositivos ditos protecionistas são, na verdade, discriminatórios, contribuindo para que as mulheres não tenham as mesmas oportunidades de emprego e de igual salário, mesmo porque são geralmente confinadas em determinadas profissões, que são exatamente aquelas de mais baixa remuneração.

Não querendo ultrapassar os limites impostos ao presente trabalho, analisaremos, a seguir, o problema da discriminação contra o trabalho da mulher no nosso País e no nosso Direito.

2) A discriminação contra o trabalho feminino no Brasil

Os juristas, em geral, não se aprofundam no estudo da discriminação contra o trabalho feminino. Limitam-se, em regra, a expor a sistemática legislativa, considerando-a, de certa forma, como algo que está fora de discussão mais aprofundada, sobretudo no que concerne às normas ditas "protecionistas" das mulheres.

De tal constatação decorre uma conseqüência: o tema não pode ser convenientemente analisado sem que se peça auxílio também aos soció-

(24) Hueck, Alfred & Nipperdey, H. C. — "Compendio de Derecho del Trabajo". Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 131.

(25) Cf. Camerlynck & Lyon-Caen, "Droit du travail". Paris, Dalloz, 1972, 5.ª edição, pág. 266.

logos. Ora, no Brasil já há alguns trabalhos importantes a respeito da posição da mulher no mundo do trabalho.

Deve ser lembrada a excelente obra de Heleith Iara Bongiovani Saffioti: "A mulher na sociedade de classes: mito e realidade" (26).

Como diz Antonio Cândido, no prefácio, trata-se de obra resultante de "projeto ambicioso e complexo (...) executado com rara maestria". Heleith Saffioti, entre muitas outras coisas, afirma:

"... na defesa de valores reais ou supostamente mais altos, como o equilíbrio das relações familiares, o bom andamento dos serviços domésticos, a preservação dos métodos tradicionais de socialização dos imaturos, o respeito ao princípio moral da distância entre os sexos, faz-se a mais completa e racional utilização de critérios irracionais, tais como a debilidade física, a instabilidade emocional e a pequena inteligência femininas, a fim de imprimir-se ao trabalho feminino o caráter de trabalho subsidiário e tornar a mulher o elemento constitutivo por excelência do enorme contingente humano diretamente marginalizado das funções produtivas." (27)

Em recente trabalho do sociólogo e jurista Evaristo de Moraes Filho, intitulado "O trabalho feminino revisitado" (28), é brilhantemente esmiuçado o tema da discriminação contra o trabalho feminino.

Seguindo-se o critério histórico-cronológico, veja-se, de início, a situação de nossa legislação anterior a 1930.

a) A situação anterior a 1930

Evaristo faz uma curiosa observação crítica, segundo a qual "o destino das mulheres foi o de andar sempre confundidas com os menores, em qualquer dos ramos da ciência jurídica". Tanto na doutrina como na legislação, "continuam as mulheres e os menores a manter os seus cordões umbilicais". De certo modo, "**donne e fanciulli** permanecem no mesmo cercado, submetidos a regulamentações especiais". E isto tem uma explicação histórica: mulheres e crianças têm sido consideradas "meias forças de trabalho, mais dóceis e desorganizadas" (29).

Também no Brasil, o mesmo ocorreu e vem ocorrendo desde o início da legislação trabalhista. O primeiro diploma relativo ao trabalho dos menores foi o Decreto nº 1.313, de 1891, permanecendo as mulheres "na dependência de certas disposições de códigos sanitários (...), mas

(26) Saffioti, Heleith Iara Bongiovani — "A mulher na sociedade de classes: mito e realidade". Petrópolis, Vozes, 1976, 2.ª edição. Coleção Sociologia Brasileira, volume 4. A 1.ª edição foi lançada em 1969 pela Editora Quatro Artes. Com esta obra, originalmente uma tese de concurso, a autora conquistou a livre-docência de sociologia na Faculdade de Filosofia de Araraquara.

(27) Saffioti, Heleith Iara Bongiovani — ob. cit., pág. 234.

(28) Moraes Filho, Evaristo de — "O Trabalho feminino revisitado", In Revista "LTr Legislação do Trabalho", n.º de julho de 1976.

(29) Moraes Filho, Evaristo de — "O trabalho feminino revisitado". Separata da Revista "LTr Legislação do Trabalho", n.º de julho de 1976, pág. 3.

sem garantia alguma de sua eficácia". As primeiras medidas de proteção foram adotadas em favor das funcionárias públicas, especialmente das professoras. O Regulamento Nacional de Saúde Pública (Decreto nº 16.300, de 31-12-1923) só dedicava uns poucos artigos ao trabalho da mulher, e assim mesmo apenas para garantir às gestantes afastamento do trabalho na época do parto e algumas facilidades para que as mães pudessem, durante o trabalho, amamentar seus filhos, prevendo-se ainda a instalação de creches "ou salas de amamentação, próximas dos locais de prestação de serviço" (80). E a isso, praticamente, se resumia a legislação trabalhista relativa à mulher, antes de 1930.

b) A regulamentação na década de 1930

O trabalho feminino só foi regulamentado, depois da Revolução de 1930 e da criação do Ministério do Trabalho, com o advento do Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932. Nas palavras de Evaristo, este Decreto procurava "impedir a discriminação contra o trabalho da mulher, ao mesmo tempo que, mediante estatuto próprio, lhe dava regulamentação protecionista especial, sempre em nome das suas peculiares condições biológicas, morais e sociais". (81)

Essas "peculiares condições biológicas, morais e sociais" têm sido sempre invocadas para "proteger" as mulheres e para adotar medidas ditas protecionistas. É claro que as mulheres já trabalhavam, no Brasil de 1930. Não trabalhavam as mulheres das camadas burguesas e pequeno-burguesas, a não ser, em pequeno número, naquelas profissões em que era aceitável o trabalho feminino, como, por exemplo, o magistério primário e secundário. Mas já havia muitas operárias nas indústrias então existentes: fiação e tecelagem, indústrias químicas, calçados, alimentação, vidros, chapéus, vestuário etc. Na observação de Evaristo, "os salários eram baixos, preferindo a quase totalidade das mulheres abandonar os empregos quando se casavam". (82)

Um depoimento recentemente publicado na imprensa de Porto Alegre ilustra a força dos preconceitos existentes em todas as regiões do País, e que sobrevivem com grande vitalidade. Mencionando um dos primeiros livros escritos no Brasil sobre a condição feminina, "A Escravidão Social da Mulher", de Victor Russomano, diz Pedro Vergara, em saboroso estilo, que o mesmo era um libelo que "ousava enfrentar a família da época — onde víamos, enclausurada, a menina esmaecida e clorótica — doce rebento mimado e tímido, símbolo e definição de um patriarcado introvertido em sua domesticidade hermética. (...) uma jovem, ainda que na classe média, incidia na desconfiança pública, se exercia emprego do comércio e o comum destino da mulher em flor, uma donzela núbil — se não tocava piano desafinado como as virgens aristocráticas — só um beneplácito a bafejava e lhe prometia o céu e a terra: casar, para não

(80) Moraes Filho, Evaristo de — ob. cit., pág. 4.

(81) Moraes Filho, Evaristo de — ob. cit., pág. 4.

(82) Moraes Filho, Evaristo de — ob. cit., pág. 5.

mais descasar-se. Algumas, bem poucas, fugiam a essa mesmice e cursavam a Escola Normal e se faziam professoras primárias. Outras costumavam para fora. Mas, ai! se casavam, tinha de ser também para todo o sempre". (33)

É claro que nas cidades maiores, como Rio e São Paulo, mulheres da classe média, sobretudo moças, já trabalhavam no comércio. Um inquérito do Ministério do Trabalho, em 1931, revelava: "No alto comércio, isto é, nos escritórios de fábricas, de casas comerciais, de companhias de seguros e bancos, as moças triunfam, e sua eficiência é francamente elogiada (...): 1º, as moças não fumam, nem se levantam de 5 em 5 minutos como os rapazes; 2º, não têm preocupações financeiras, ou as dominam (...); 3º, são mais dóceis, mais pacientes, mais dedicadas ao serviço; 4º, não têm aspirações, ou são muito modestas nas mesmas".

Já havia no Brasil uma entidade feminista, a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, que pleiteou ao Ministro do Trabalho a derrogação do art. 2º do Decreto nº 21.417-A, que proibia o trabalho noturno da mulher. O que se pretendia, muito modestamente, era permitir o trabalho das garçonetes. Mas o Ministro do Trabalho, aprovando parecer do Consultor Oliveira Viana, indeferiu o pedido das feministas. (34)

E quando foram fixadas as primeiras tabelas de salário mínimo no Brasil, era autorizada a redução do salário por motivo de sexo (Decreto-Lei nº 2.548, de 31-8-40).

c) A Consolidação das Leis do Trabalho (1943)

A CLT, elaborada em 1943, faz algumas "concessões" às mulheres, pois permite o trabalho noturno às maiores de 18 anos em algumas atividades: **a)** telefonia, radiotelegrafia, radiotelegrafia; **b)** serviços de enfermagem; **c)** casas de diversões, hotéis, restaurantes, bares e até mesmo em "estabelecimentos congêneres"; **d)** postos de direção. O curioso é que a lei exige das mulheres, para que possam trabalhar "em casas de diversões, hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres", dois atestados: um de bons antecedentes e outro de capacidade física e mental (CLT, art. 380, combinado com o atual nº III do art. 379). Essa exigência é feita apenas às mulheres que queiram — ou precisem — trabalhar em "casas de diversões" e nos "estabelecimentos congêneres"!...

A mesma CLT proíbe o trabalho da mulher em locais perigosos ou insalubres, como se a insalubridade e a periculosidade fossem aceitáveis e toleráveis para os homens.

Como observa Evaristo, não escondiam os elaboradores da CLT "o grande entusiasmo diante da tarefa que haviam realizado, entusiasmo esse

(33) Vergara, Pedro — "Victor Russomano" in "Correio do Povo", de 24 de outubro de 1976. Victor Russomano foi médico, tribuno e parlamentar, tendo falecido em 1937, quando proferia um discurso. São seus filhos os juristas Mozart Victor Russomano e Rosah Russomano.

(34) Moraes Filho, Evaristo de — ob. cit., pág. 5.

tão próprio de nós outros bacharéis em Direito, que quase sempre confundimos a norma jurídica com a realidade, o país legal com o país real". (35) Os autores da CLT diziam ter "combatido definitivamente a vil exploração das chamadas "garçonnettes", com a exigência de prova de bons antecedentes e de capacidade física e mental... .

Na exposição de motivos do anteprojeto da CLT era dito também ter sido dada "solução de grande repercussão (...) ao problema das creches". Ora, "infelizmente, sabemos todos quão retumbantes têm sido em nosso País o fracasso e a ausência dessas creches, públicas ou particulares, previdenciárias ou por conta da empresa". (36)

Na realidade, é essa ausência de creches, de jardins de infância, de escolas maternas e de outros locais adequados para as crianças que vêm obrigando as mulheres trabalhadoras aos maiores sacrifícios, inclusive ao sacrifício de ter de suportar a dupla carga de trabalho, no emprego e em casa. Todavia, apesar de ser realmente pesada e difícil essa dupla carga de trabalho, não se pode deixar de lembrar que "trabalhar fora de casa é algo que facilita para a mulher a compreensão de seus próprios problemas; facilita e melhora sua consciência de que esses problemas estão relacionados com o conjunto da sociedade. (...) O trabalho fora de casa pode auxiliá-la a se tornar melhor cidadã do mundo, num sentido crítico e não ufanista. Em todo caso, será melhor do que o mundo fechado da copa-e-cozinha-e-telenovela a que a inércia dos patriarcas a relegou". (37)

d) A situação atual

Várias alterações têm sido adotadas no capítulo da CLT relativo ao trabalho da mulher. Muitas de tais alterações decorrem das necessidades relacionadas com o desenvolvimento econômico do País. Assim, por exemplo, o art. 379 da CLT, que proíbe o trabalho noturno da mulher, transformou-se num dispositivo estranho, contraditório e incoerente. Ao mesmo tempo que o *caput* veda "à mulher o trabalho noturno", seus dez incisos prevêem numerosas e curiosas exceções, tais como, por exemplo, aquele inciso que permite o trabalho noturno das mulheres "em Indústrias de manufaturados de couro que mantenham contratos de exportação devidamente autorizados pelos órgãos públicos competentes"... Foi em 1971, para atender a determinados interesses econômicos, que se elaborou a Lei nº 5.673, de 6 de julho, acrescentando-se ao art. 379 da CLT os incisos IX e X.

O lógico seria que se optasse ou pela proibição do trabalho feminino noturno em todas e quaisquer atividades ou então pela permissão do trabalho feminino noturno em todas e quaisquer atividades. O texto legal é altamente incoerente: como foi visto, as exceções são numerosíssimas,

(35) Moraes Filho, Evaristo de — ob. cit., pág. 6.

(36) Moraes Filho, Evaristo de — ob. cit., pág. 7.

(37) Aguiar, Flávio, na apresentação do número 2 de "Cadernos de Debate" (Mulher — Depoimentos sobre um trabalho ignorado), 1976.

e não há quem não veja mulheres trabalhando à noite, nas mais diversas atividades; as empresas podem, por outro lado, quando lhes é conveniente, invocar tais dispositivos para impedir o acesso ao trabalho das mulheres; e, ao mesmo tempo, outras empresas simplesmente ignoram a lei, contratando mulheres de maior nível de profissionalização, ainda que isto ocorra em horários noturnos e em locais que supostamente poderiam pôr em risco sua saúde ou sua moral. Bastaria um exame dos nomes de **jornalistas mulheres nos principais jornais e revistas de São Paulo e Rio** para se verificar que os órgãos de imprensa estão entre aqueles que burlam a lei, sendo óbvio que as jornalistas não permanecem nas redações apenas até as 22 horas, mesmo porque grande parte da matéria só é redigida no período das 22 às 3 da madrugada.

Aliás, como já foi observado num desses periódicos, "o protecionismo da CLT, que onera o empregador, aliado a antigos costumes, não só do povo brasileiro como de outros povos, tem prejudicado sensivelmente as possibilidades profissionais da mulher". (38)

Tentativas há, em alguns diplomas legais, de solução do sério problema das creches: permite o Decreto-Lei nº 229, de 28-2-67, que seja dispensada a exigência dos locais para guarda dos filhos em idade de amamentação, desde que existam creches distritais, mantidas diretamente ou mediante convênios, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais.

Quanto ao salário-maternidade, a legislação brasileira foi finalmente sincronizada com os documentos internacionais e com o direito comparado, por ter sido o mesmo incluído entre as prestações da previdência social, de acordo com a Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974. Esta lei concorre para diminuir — mas não para eliminar — a discriminação ainda existente contra as mulheres, sobretudo contra as trabalhadoras casadas e solteiras que engravidam e que são então muito freqüentemente despedidas, situação esta que deu origem ao Prejulgado nº 14, do TST: "Empregada gestante, dispensada sem motivo antes do período de seis semanas anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário-maternidade".

A Constituição vigente (Emenda nº 1, de 1969) proíbe a diferença de salários e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil (art. 165, III), proíbe o trabalho de mulheres em indústrias insalubres (art. 165, X) e concede a aposentadoria à mulher aos 30 anos de trabalho, com salário integral.

Esse último dispositivo, altamente "protecionista", é também discriminatório, pois a mulher, sendo "organicamente mais forte e mais longeva", como diz Evaristo, não deveria de modo algum ser beneficiada com uma aposentadoria prematura, em detrimento dos maridos e companheiros, que muito freqüentemente nem chegam a gozar da aposentadoria. Partindo-se da premissa da igualdade entre homens e mulheres, é

(38) Revista "Visão", de 10 de novembro de 1975, em reportagem na qual foram ouvidos Daimo de Abreu Dallari, Nelson Carneiro, Alzira Helena Teixeira e Beatriz de Carvalho Ferreira.

injusta a aposentadoria precoce e prematura, seja para homens, seja para mulheres.

e) As perspectivas

Os estudos feitos a partir do Ano Internacional da Mulher deram novo alento à luta contra a discriminação.

A Organização Internacional do Trabalho promoveu estudos e pesquisas sobre a "Formação Profissional da Mulher Trabalhadora". Entre outras regiões, foi também estudada a situação da trabalhadora na América Latina, tendo sido pesquisados nove países, entre os quais o Brasil. A parte de estudo relativa ao Brasil esteve a cargo do Ministério do Trabalho, em convênio com o SENAI e o SENAC.

As conclusões apresentadas apontam:

- 1) taxa de atividade feminina muito reduzida no Brasil — 18,6%;
- 2) a maior parte da mão-de-obra feminina está confinada ao setor de serviços, exatamente o de mais baixa remuneração — 56,6%;
- 3) diminuiu a participação da mão-de-obra feminina nas indústrias de transformação;
- 4) a maioria das mulheres trabalhadoras recebe salários pouco superiores ao salário mínimo legal — 66,1%;
- 5) em média, a remuneração da mão-de-obra feminina se situa por volta de 80% da remuneração da mão-de-obra masculina.

Foi então proposta a revisão de toda a legislação protecionista do trabalho feminino, com a extensão ou a eliminação dos direitos para ambos os sexos.

De acordo com notícia publicada nos jornais, "o levantamento, entregue (...) ao Ministro Arnaldo Prieto, conclui que a concentração da mão-de-obra feminina em ocupações mal remuneradas demonstra que as diferenças salariais entre homens e mulheres começam nas limitações do mercado, sensivelmente maiores para a mulher. Segundo os autores da pesquisa, a atual legislação, dita de proteção ao trabalho da mulher, constitui obstáculo inegável ao ingresso e à permanência de mulheres no mercado de trabalho. Entre as razões do desestímulo são apontados quatro pontos principais: limite na prorrogação da jornada de trabalho feminino (a mulher não pode exceder a duração de 48 horas semanais); exigência ao empregador de manutenção de creches apropriadas para os filhos das funcionárias (...); proibição do trabalho noturno da mulher, excetuando-se alguns casos considerados convenientes à economia e proibição às mulheres de trabalharem em condições insalubres e perigosas (...). Considerando as citadas "falhas da legislação", a pesquisa sugere que seja feita uma revisão de toda a legislação protetora do trabalho feminino e que cada uma das medidas protecionistas, depois de analisada, seja devidamente estendida a todos os trabalhadores ou elimi-

nada para todos eles. "O importante — diz a pesquisa — é a maior igualdade possível de tratamento legislativo para o homem e a mulher". A mesma pesquisa revelou que a pequena taxa de atividade feminina no Brasil, de 18,6% em 1970, "demonstra a permanência de valores tradicionais que colocam obstáculos culturais e sociais ao trabalho feminino em níveis amplos". (39)

Não há notícias concretas, no momento, sobre o encaminhamento dado aos estudos da OIT pelo Ministério do Trabalho. É possível que venham a ser aproveitados e utilizados, neste momento em que se cogita de elaborar uma nova Consolidação das Leis do Trabalho, tendo já sido entregue ao Ministro do Trabalho o texto do anteprojeto elaborado por ilustre comissão, da qual participaram Délio Maranhão, Arnaldo Sussekind e Tostes Malta.

De qualquer modo, seria talvez oportuno lembrar que as alterações legislativas, por mais importantes que sejam, nunca poderão ser suficientes, por si sós, para destruir a mencionada "anatomia da opressão", cujos pilares, na síntese já apontada de Eliane Vogel-Polsky, são os preconceitos seculares, a dupla exploração da mulher na família, a discriminação contra o trabalho feminino e a exclusão (ou marginalização) da mulher na vida pública.

Várias medidas seriam necessárias, se se quisesse realmente estabelecer uma verdadeira — e não apenas nominal — igualdade entre homens e mulheres.

Aliás "medidas" poderiam ser insuficientes. Alguns entendem que seria necessária uma "revolução social". Diz, a propósito, Elizabeth Reid:

"La revolución que reclaman las mujeres no será rápida, breve, gloriosa ni dramática: exigirá un arduo trabajo y ofrecerá pocas satisfacciones inmediatas. Comparada con la revolución política, no requerirá en igual medida esa clase de actividad que se convierte en un fin en sí misma: organizar manifestaciones, enarbolar estandartes etc.

"Sus estrategias desconcertarán por lo amplias y ponderadas, y no serán aceptables para los revolucionarios de la vieja escuela. No obstante, será una revolución, por requerir una actitud francamente radical, sensibilidad respecto de las cuestiones vitales y voluntad de obtener el vuelco. Los modelos que más se acercan a este tipo de revolución podrían ser la revolución industrial y la de Copérnico.

"Ofrecer a hombres y mujeres una gama más amplia de opciones, más libertad, menos limitaciones en el sendero de sus vidas planteará alguns problemas, pero al mismo tiempo resolverá otros.

(39) Cf. a notícia "Proposta alteração no trabalho feminino", publicado no jornal "O Estado de S. Paulo" de 7-9-1976, pág. 15, e o artigo "O trabalho feminino", de Branca M. Alves, no periódico "Opinião" de 17-9-76, pág. 5.

(...) Unicamente de este modo podrán cambiarse las actitudes que mantienen a las mujeres en la situación en que se encuentran hoy." (40)

CONCLUSÕES (síntese do trabalho)

Na introdução, foi desde logo revelada a intenção do trabalho de ser uma contribuição à luta contra a discriminação. Para isso, foram apontadas algumas premissas básicas:

— o reconhecimento da situação de profunda desigualdade, desde o início da história da humanidade, entre homens e mulheres;

— a afirmativa de que tal situação não decorre de fatores naturais e biológicos e sim de fatores históricos, políticos e sociológicos, em suma, de fatores culturais;

— a proclamação de que inexistente a suposta "inferioridade" da mulher;

— a necessidade de modificar a situação de desigualdade, para que uma verdadeira igualdade venha a ser atingida.

Na primeira parte do trabalho, foram apresentados alguns dados históricos e sociológicos. Reconheceu-se que sempre existiram diferenças profundas entre o trabalho dos homens e das mulheres. E até mesmo os grandes filósofos gregos aceitavam a concepção predominante, de acordo com a qual a mulher era considerada um ser inferior, por natureza, ao homem, e apta apenas aos trabalhos domésticos. As mulheres tinham uma situação muito próxima à dos escravos, pois realizavam geralmente os trabalhos reservados aos escravos, isto é, as tarefas subalternas. Assim, a divisão do trabalho foi sempre prejudicial às mulheres.

Por outro lado, foi dito que as próprias mulheres, muito frequentemente, aceitam o papel "feminino" que lhes é imposto e para o qual foram condicionadas pelas tradições e pelos costumes. O mito de uma desigualdade "natural" tem atravessado todas as épocas da história. Até hoje, nenhuma civilização jamais erigiu em princípio uma verdadeira equivalência entre o homem e a mulher.

Embora isso seja raramente mencionado, os fisiologistas já verificaram que não há entre o homem e a mulher qualquer diferença física essencial. Poder-se-ia mesmo concluir, em face das pesquisas, que a mulher é mais resistente, mais longeva e mais forte do que o homem, sendo irrelevante, sobretudo numa civilização tecnológica, uma relativa fraqueza muscular.

Na vida pública e no campo do ensino, as mulheres têm sido preteridas, de várias maneiras. As parlamentares e governantes são em número ínfimo, em todos ou quase todos os países. E, no campo da educação, a discriminação contra a mulher continua em vigor em quase todos os

(40) Reid, Elizabeth — Trabalho citado, in "Revista Internacional del Trabajo", vol. 91, num. 6, junho de 1975, págs. 530/531.

países, nas escolas de vários níveis. Esse é um dos fatores da segregação entre profissões ditas masculinas e profissões ditas femininas.

Para que atinja uma efetiva igualdade, a mulher deverá assumir integrais responsabilidades profissionais, nas diferentes áreas da atividade humana.

Na segunda parte do trabalho, é estudada a discriminação contra o trabalho feminino: num primeiro capítulo, como fenômeno universal, e, num segundo capítulo, como fenômeno brasileiro.

Ao tratar da discriminação como fenômeno universal, é lembrada a importante contribuição da "Revista Internacional do Trabalho", que publicou, em 1975, vários estudos sobre o tema do trabalho feminino, visto de maneira ampla e global, em suas conexões com as estruturas sociais, políticas e econômicas. São citados os importantes trabalhos de Elizabeth Reid, René Dumont e Eliane Vogel-Polsky. De acordo com esta última autora, a "anatomia da opressão" abrange os seguintes mecanismos: mentalidades, atitudes e preconceitos sócio-culturais; a dupla exploração da mulher na família; a exclusão da mulher do trabalho produtivo como produtor de pleno direito; a exclusão da mulher da vida política e social. Para estabelecimento da igualdade, Eliane Vogel-Polsky propõe quatro objetivos essenciais: a transformação ideológica do sistema de valores, uma política dinâmica de formação profissional e de emprego, a adoção de textos legais e regulamentares e uma política familiar ativa.

A seguir, são feitas referências à doutrina e à legislação de alguns países, como Portugal, Itália, Alemanha e França.

Ao tratar da discriminação contra o trabalho feminino no Brasil, é mencionada a decisiva importância da sociologia, já que o tema não pode ser devidamente compreendido com o simples exame das normas jurídicas. São lembradas então as contribuições de Heleieth Lara Bongiovani Saffioti, socióloga, autora de "A mulher na sociedade de classes: mito e realidade", e de Evaristo de Moraes Filho, jurista e sociólogo, que recentemente publicou um ensaio sobre "O trabalho feminino revisitado".

De maneira sintética, são tratados então: a situação da nossa legislação até 1930; a regulamentação do trabalho feminino pela legislação, na década de 1930; o tratamento dado ao trabalho das mulheres pela CLT, elaborada em 1943; a situação atual e as perspectivas — que ora podem ser vislumbradas.

No final, é mencionado um recente estudo da OIT, entregue ao Ministro do Trabalho, sobre a "Formação profissional da mulher trabalhadora", em que são apontados alguns dados importantes, tais como uma taxa de atividade feminina muito reduzida no Brasil — 18,6%; o confinamento da mão-de-obra feminina no setor de serviços, de mais baixa remuneração — 56,6%; a remuneração da trabalhadora inferior à do homem.

O referido estudo da OIT propõe a revisão de toda a legislação "protecionista" do trabalho feminino, com a extensão ou a eliminação

dos direitos para ambos os sexos. A seguir, é salientado que, por mais importantes que sejam as alterações na legislação trabalhista, seriam elas insuficientes para que se atingisse o objetivo colimado, de efetiva e verdadeira igualdade. Esta só poderia ser atingida através de uma ampla reestruturação, que Elizabeth Reid chama de "revolução social", bem diversa de qualquer revolução política, e que seria algo semelhante à revolução industrial. Mas seria, de qualquer modo, uma revolução, pois exigiria uma atitude francamente radical, sensibilidade para com as questões vitais e vontade de obter uma profunda mudança. Só assim homens e mulheres conquistariam uma ampla gama de opções e uma mais ampla e efetiva liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) AGUIAR, Flávio — "Apresentação" do número 2 de "Cadernos de Debate", dedicado ao tema "Mulher — depoimentos sobre um trabalho ignorado", São Paulo, Editora Brasiliense, 1976.
- (2) AGRÍA, Fernanda P. Moreira de Freitas Nunes & Cardoso Pinto, Maria Luíza Duarte Silva — "Contrato Individual de Trabalho". Coimbra, Livraria Almedina, 1972.
- (3) CAMERLYNCK, G. H. & LYON-CAEN, Gérard — "Droit du travail", Paris, Librairie Dalloz, 1972, 5ª edição.
- (4) DUMONT, René — "La mujer frente al desarrollo y al hambre en aumento", in "Revista internacional del trabajo", vol. 91, num. 6, junho de 1975, OIT, Genebra, Suíça.
- (5) GUBBELS, Robert — "Le travail au féminin. La femme et le couple dans la société contemporaine". Verviers (Belgique). Editions Gerard — Collection Marabout Service, 1967.
- (6) HUECK, Alfred & NIPPERDEY, H. C. — "Compendio de Derecho del Trabajo". Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- (7) MORAES FILHO, Evaristo de — "O trabalho feminino revisitado". São Paulo, LTr, 1976. Separata da Revista "LTr Legislação do Trabalho", número de julho de 1976.
- (8) PLATAO — "A República". São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1973. 2ª edição. 2 volumes. Introdução e notas de Robert BACCOU. Tradução de J. GUINSBURG.
- (9) REID, Elizabeth — "Los derechos de la mujer en punto muerto: Necesidad de un cambio radical", in "Revista internacional del trabajo", vol. 91, n.º 6, junho de 1975. OIT, Genebra, Suíça.
- (10) RIVA SANSEVERINO, Luisa — "Curso de Direito do Trabalho". São Paulo, LTr, 1976. Obra publicada com a colaboração da USP. Tradução de Elson Guimarães GOTTSCHALK.
- (11) SAFFIOTTI, Heleleth Iara Bongiovani — "A mulher na sociedade de classes: mito e realidade". Petrópolis, Vozes, 1976. 2ª edição.
- (12) SULLEROT, Evelyne — "História e sociologia da mulher no trabalho". Rio, Editora Expressão e Cultura, 1970. Tradução de Antonio Teles. (Observação: o título, na capa e na lombada é "A mulher no trabalho — história e sociologia", diferente do título que consta na página de rosto).
- (13) VERGARA, Pedro — "Victor Russomano", in "Correio do Povo", de Porto Alegre, RS, domingo, 24 de outubro de 1976.
- (14) VOGEL-POLSKY, Eliane — "Perspectivas de promoción de las mujeres en el mundo del trabajo", in "Revista internacional del trabajo", vol 92, n.º 1, julho de 1975. OIT, Genebra, Suíça.

Contrato de reprodução de obra intelectual^(*)

FÁBIO MARIA DE MATTIA

Professor Livre-Docente do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO:

1. Conceito
2. Objeto do contrato de reprodução
3. Sujeito do contrato de reprodução
4. Distinção entre o contrato de edição, o contrato de licença e a licença legal ou obrigatória
5. Diferença entre cessão e concessão
6. Deveres fundamentais do autor:
 - A) garantia de disposição jurídica;
 - B) alguns aspectos do dever de disposição física da obra:
 - a) entrega do *corpus mechanicum*;
 - b) causas possíveis da recusa de entregar;
 - c) sanção pela não-entrega;
 - d) correção e modificação das provas;
 - e) a importância da ordem de mandar imprimir.
7. Deveres do editor
 - A) publicação:
 - a) noção e sanções à obrigação de publicar;
 - b) alguns problemas de alta relevância ligados à impressão:

(*) Conferência pronunciada a 15 de setembro de 1976, no III Ciclo de Estudos sobre Direito de Autor, promovido, em Brasília, pelo Instituto Interamericano de Direito de Autor e pela Universidade do Distrito Federal.

- 1) o número de exemplares, os "mains de passe" e os exemplares a serem dados ao autor;
- 2) distinção entre edição, tiragem e reimpressão;
- 3) numeração e assinaturas dos exemplares da obra;

B) difusão e distribuição comercial

8. Retribuição econômica do autor

CONTRATOS DE REPRODUÇÃO

1. Conceito

Através dos contratos de reprodução objetiva-se a publicação de obra intelectual, ou seja, a comunicação da obra ao público, por qualquer forma ou processo (art. 4º, nº I, da Lei nº 5.988).

Trata-se da multiplicação de uma obra intelectual colocando-a em comunicação com o público.

O contrato de edição é uma das espécies do gênero contrato de reprodução.

O contrato de licença é outra espécie do gênero contrato de reprodução.

Podemos distinguir, pois, contratos de reprodução num sentido amplo e num sentido estrito, baseando-nos na distinção feita pelo Professor ANTONIO CHAVES para os contratos de edição.

Na definição do Professor ANTONIO CHAVES, em sentido amplo, "tomado como sentido de multiplicação, inclui não apenas as obras literárias, artísticas e científicas, como a multiplicação das obras orais ou musicais em discos, "tapes", fitas etc., para finalidades comerciais e até mesmo a fixação de filmes cinematográficos em cópias múltiplas, para distribuição no mercado nacional ou internacional.

No sentido restrito, que é o próprio, cinge-se à multiplicação, pela imprensa e similares, das obras literárias, científicas e artísticas.

O contrato de reprodução é constituído por dois elementos fundamentais que, necessariamente, aparecem na sua conceituação: 1) a reprodução da obra intelectual e 2) a sua difusão.

Portanto, no contrato de reprodução encontramos um duplo escopo: como **resultado imediato** visa-se a multiplicação de exemplares e como **resultado mediato** a difusão da edição tomada no sentido de exemplares reproduzidos.

O contrato de reprodução objetiva a multiplicação mediante qualquer processo mecânico da obra intelectual, podendo-se falar, pois, em reprodução gráfica, reprodução fonográfica, reprodução cinematográfica, reprodução fotográfica etc.

O artigo 4º, nº IV, da lei brasileira define reprodução como sendo a cópia de obra literária, científica ou artística, bem como de fonograma.

Trata-se de contrato classificável como **negócio de intercâmbio**, tipo de negócio em que se deve atender, predominantemente, à conduta das partes, harmonizando a autonomia da vontade com a obrigação de agir de boa-fé.

2. **Sujeito do contrato de reprodução**

Sujeito do contrato de reprodução tanto pode ser o autor como as pessoas que após a morte deste tenham sido investidas na titularidade do direito patrimonial do autor. Tanto podem ser os herdeiros necessários como os herdeiros pela sucessão legítima. Mas o cessionário, também, pode ser sujeito do contrato de reprodução.

Como em certos casos é difícil determinar quem é o verdadeiro criador da obra, aceitou-se a seguinte presunção: até prova em contrário, o autor da obra intelectual é aquele cujo nome verdadeiro ou pseudônimo fique na capa do livro, do disco, que conste da partitura musical etc.

Portanto, o negócio jurídico deve ser estipulado, validamente, por seu autor, o titular exclusivo do direito de utilização da obra intelectual ou titular originário ou pelo titular derivado, o herdeiro ou titular em decorrência de qualquer outra causa.

Por outro lado, será, também, integrante do negócio jurídico quem assume o dever de reproduzir a obra e de difundir a obra que será, numa linguagem mais moderna, o empresário.

A publicação "Princípios Orientadores para la Redacción de Contratos" (Boletim de Informação nº 5, abril, 1976, do Centro Internacional de Informação sobre o Direito de Autor da UNESCO), aconselha que deverá ser especificado no contrato a que título intervém no contrato a parte que concede a autorização de utilizar a obra: quer dizer, se o faz na qualidade de autor, de "derechohabiente" ou de mandatário devidamente autorizado.

A expressão "derechohabiente" aplica-se a toda pessoa que tenha adquirido, em virtude de um ato jurídico *inter vivos* ou *mortis causa*, a titularidade do direito de autor a que se refere o contrato, tanto se esta titularidade lhe tenha sido transmitida, diretamente, pelo próprio autor da obra como se lhe tenha sido transmitida por outro ou por outros "derechohabientes".

3. **Objeto do contrato de reprodução**

O contrato de reprodução pode ter por objeto a multiplicação em cópias de obras literárias científicas, dramáticas, mas, também, de obras artísticas como desenhos, litografias, fotografias, filmes. assim como todas as obras qualquer que seja a categoria a que pertençam.

Contudo, o contrato deve ser expresso quanto às espécies de reprodução a que pode ser submetida a obra.

A Lei nº 5.988, no artigo 3º, estatui que os negócios jurídicos que têm como objeto a exploração da obra intelectual interpretam-se restritamente.

Apenas o que está indicado, expressamente, no contrato é considerado como sendo o conteúdo do negócio jurídico.

Ensina JOSÉ MARIA DESANTES que quanto ao objeto do contrato de edição temos que levar em conta duas conclusões interessantes para sua interpretação:

a) se não há ou não está clara a atribuição ou cessão de faculdades ou-
tras que as próprias e necessárias para a exploração editorial do direito de
propriedade intelectual, deverá ter-se sempre um critério restritivo a favor
do autor e considerar que não se transmitiu mais do que as faculdades ou
poderes estritamente imprescindíveis;

b) a propriedade intelectual tem elasticidade ou força atrativa. Ou se-
ja, é detentora da qualidade segundo a qual qualquer faculdade transmitida
pelo autor ao editor e não usada, exercida, porque não lhe é imprescindível
para a edição ou porque não lhe interessa utilizá-la, reverte para o autor
no momento em que fica sem ser exercitada. (1)

O contrato de reprodução, em decorrência dos atuais meios de difusão
e seu previsível desenvolvimento no futuro, pode abranger a publicação
de material visual, auditivo ou audiovisual como elemento incorporado ao
livro a ser publicado. Inversamente se é o texto que (por exemplo, em for-
ma de folheto) se tenha incorporado a um material audiovisual que consti-
tui o elemento essencial da publicação a que se refere o contrato, os
princípios tradicionais da edição gráfica, fonográfica não serão aplicáveis
(ou o serão apenas parcialmente, em medida que variará segundo os casos)
e dever-se-ão aplicar outros princípios especialmente concebidos para as
publicações que revistam forma auditiva, visual ou audiovisual.

4. Distinção entre o contrato de edição, o contrato de licença e a licença legal ou obrigatória

O contrato de edição pressupõe a transferência do direito de utilização
do direito patrimonial ao editor e tem como característica constante a ex-
clusividade com que é investido o editor nesta utilização.

Para alguns autores como PIERRE ALAIN TACHE, o contrato de edi-
ção equivale a uma licença exclusiva.

Quanto ao contrato de licença, diferencia-se do contrato de edição
porque não tem o caráter de exclusividade. A exclusividade é uma carac-
terística do sistema de direito de autor dos países de economia de mercado.
Este tipo de contrato é, também, conhecido sob a denominação de licença
simples. Para LUDIN, o contrato de licença distingue-se, principalmente,
do contrato de edição pelo fato que ele "deve pura e simplesmente habi-
litar um ou vários terceiros a exercer prerrogativas ligadas ao direito de
autor".

(1) JOSÉ MARIA DESANTES, "La relación contractual entre el Autor y el Editor",
Pamplona, 2.º Ediciones Universidad de Navarra S/A, 1968, págs. 82 e 83.

O contrato de licença é, também, conhecido através da denominação de contrato de edição irregular.

— Licença legal ou obrigatória e contrato de reprodução em países em vias de desenvolvimento

Nos países em vias de desenvolvimento pertencentes à Convenção de Berna e/ou à Convenção Universal sobre Direito de Autor, revistas em 1971, quem desejar publicar uma reprodução de uma edição, poderá, caso não tenha conseguido através de contrato a necessária autorização, recorrer à obtenção de uma licença obrigatória. Levando-se em conta a possibilidade a este recurso, o titular do direito de reprodução pode ter, por sua vez, interesse em chegar a um acordo em virtude de cujas cláusulas, livremente negociadas, a autorização de reproduzir permanecerá submetida a condições que, de todos os modos, deverão ser mais favoráveis para ele do que as da licença obrigatória.

Entre as diversas variedades de obras intelectuais só são alcançadas pelas licenças obrigatórias, em direito de autor, as obras escritas para fugir à expressão "literária".

A licença obrigatória pode ser utilizada para a reprodução da obra na língua original ou já traduzida; então, seria contrato de reprodução como também para a reprodução da obra com a tradução para língua do país interessado em colocá-la à disposição de seu povo em razão da importância da obra intelectual para fins didáticos, universitários ou de pesquisa.

Portanto, a licença obrigatória da tradução facilita o acesso das pessoas que não lêem na língua original da primeira publicação. Estas terão seus conhecimentos e a sensibilidade estética beneficiados com a tradução das obras, facilmente realizável através da licença obrigatória.

Conclusão

As legislações desenvolvem normas específicas para o contrato de edição, mas, estas, reservadas a uma espécie de contrato de reprodução, podem ser aplicadas aos contratos de licença, à reprodução decorrente da licença obrigatória e, até, sobretudo quanto ao aspecto de direito moral de autor, nos casos de cessão do direito patrimonial.

Portanto, as normas do contrato de edição aplicam-se a outros meios através dos quais os direitos de autor são objeto de comércio jurídico. Por exemplo, as normas encontráveis no capítulo do contrato de edição na lei italiana são aplicáveis, também, a todos os contratos de cessão dos direitos de utilização econômica, por exemplo, conteúdo e duração do contrato; a respeito de direitos futuros, eventualmente atribuídos por leis posteriores, exclusão dos direitos derivados de possíveis elaborações e transformações.

No direito brasileiro, também, as normas do contrato de edição são utilizadas em outros negócios jurídicos ou no chamado contrato de edição, tendo por objeto outras obras protegidas pela Lei de Direito de Autor. Consultar, quanto ao assunto, as lições do Prof. ANTÔNIO CHAVES, segun-

do as quais podemos extrair da regulamentação do contrato de edição determinadas regras que podem muito bem assumir a posição de princípios gerais para todas as outras cessões, e, a do Professor WALTER MORAES em importante monografia publicada recentemente. (2)

5. Diferença entre cessão e concessão

Os contratos de reprodução, em geral, implicam apenas numa concessão ou autorização para utilizar economicamente a obra. Entre eles destacuemos o contrato de edição, o contrato de licença e a reprodução através da licença obrigatória.

Mas há contrato de reprodução, também, no caso da cessão quando, às vezes, desapareceu completamente o direito patrimonial do autor como outras vezes, a despeito da cessão, o autor receberá uma remuneração à medida que a obra intelectual for objeto de reprodução.

Isto sucede quando há transferência do direito patrimonial ao empresário sem que o autor possa mais utilizar economicamente a obra.

A cessão não impede que o autor receba direitos autorais, mas não terá mais prerrogativas de disposição sobre a obra que terá o editor como titular tanto do direito de dispor destes direitos como de utilizá-los com fins econômicos.

6. Deveres fundamentais do autor

Os contratos de reprodução geram para o autor duas obrigações principais ou grupos de obrigações principais, as quais apresentam características particulares conforme o tipo de contrato de reprodução escolhido.

No contrato de edição, por exemplo, com base em JOSÉ MARIA DE-SANTES, podemos indicar dois deveres:

a) transmissão do direito de edição da obra objeto do contrato; é a disposição jurídica que pressupõe a exclusividade da transmissão do direito de utilização econômica;

b) prestação de meios necessários para que o editor possa exercer sobre a obra o direito que lhe foi transmitido (entrega do manuscrito, correção de provas etc.).

Em se tratando de contrato de licença, o item a prevalece sem a idéia de exclusividade.

Mas o que é que se coloca à disposição do autor?

O objeto do contrato de reprodução é o direito de reproduzir uma obra intelectual.

(2) ANTONIO CHAVES, "Nozioni Introduttive in Tema di Contratti di Diritto d'Autore", in "Il Diritto di Autore", Ottobre-Dicembre 1974, pág. 513.

WALTER MORAES, "Artistas Intérpretes e Executantes", Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1976, págs. 255 a 257.

O autor transfere ao empresário as faculdades indispensáveis para explorar o futuro livro, disco, gravura etc. Com isso, o autor transfere ao editor as faculdades que compõem seu direito de reproduzir sua criação.

Portanto, colocar à disposição é a transferência do conjunto de faculdades ao empresário com toda a complexidade que leva consigo.

O autor cumpre sua obrigação de transferir, colocando à disposição do editor seu direito ou a parte necessária para a reprodução.

Mas o ato de colocar à disposição, em seu conjunto, compreende duas atuações distintas por parte do autor.

Existe a colocação à disposição física e à disposição jurídica.

A disposição física é a entrega do **corpus mechanicum**, enquanto que a disposição jurídica é a transferência do direito e a garantia de que este direito existe e será respeitado durante a vigência do contrato com a utilização pelo empresário.

As obrigações do autor decorrem todas do fato de o autor dever, na medida de seus meios, tornar possível a reprodução da obra .

Isto gera para o autor obrigações diversas, umas de ordem material (entregar o manuscrito, assinar o "bon à tirer", corrigir as provas) e outras de ordem moral (deixar o empresário gozar o direito cedido).

A) OBRIGAÇÃO DE GARANTIA OU GARANTIA DE DISPOSIÇÃO JURÍDICA

Revela-se a obrigação de garantia sob três prismas:

1) O autor compromete-se a não transferir a outro editor o direito de utilização econômica da obra, o que iria prejudicar os interesses do primeiro editor (característica exclusiva do contrato de edição gráfica, fonográfica etc.).

2) Assume a responsabilidade da autoria do trabalho intelectual sem pôr em risco a paternidade da obra.

3) O autor assegura que a obra nada contém de obsceno, indecente ou difamatório e que todas as afirmações a respeito de fatos reais são verdadeiras.

Pela obrigação de garantia, o autor deve garantir ao empresário a existência do direito de reprodução e seu exercício pacífico.

O desrespeito à obrigação de garantia pode configurar, por exemplo, plágio por autor de obra anterior, repetição de obra própria anterior, transferência anterior a outro editor, porque o autor não dispunha mais livremente do direito de utilizar a obra.

Se o titular do direito de autor não for titular dos direitos existentes sobre uma parte da obra (por exemplo, as ilustrações, certas passagens do texto, ou objetos acessórios tais como diapositivos ou discos fonográficos), as partes contratantes deverão determinar com precisão a quem incumbe

negociar os acordos com o fim de obter as autorizações que necessitará o utilizador, a não ser que já as tenha conseguido.

Quando a obra incluir ilustrações ou quando estiver acompanhada de objetos acessórios, deverão inserir-se no contrato cláusulas adicionais garantindo ao titular do direito de autor que disporá com suficiente antecedência, e no lugar desejado, de todo o material necessário, na medida em que seja titular dos direitos sobre o mesmo, para reproduzir as ilustrações e/ou os objetos acessórios de que se trate, num número suficiente de exemplares. Será conveniente, pois, fixar prazos para a entrega, por parte do autor dos originais, clichês, dos modelos, das fitas magnéticas e/ou de outra classe de material que o usuário precise, de maneira que a publicação possa realizar-se dentro do prazo fixado no contrato.

B) ALGUNS ASPECTOS DO DEVER DE DISPOSIÇÃO FÍSICA DA OBRA

a) entrega do "corpus mechanicum"

O autor deve colocar o editor em situação que possa executar a reprodução e, para isso, deve entregar o original da obra intelectual ou uma simples cópia. Esta cópia deve ser idêntica ao original com base no qual o editor se comprometeu a publicar a obra ou, então, conter modificações sobre as quais as partes tenham acordado.

O autor deve entregar o original completo, terminado e corrigido, pronto para ser utilizado.

Mas dentro de qual prazo deve ser efetuada a entrega do original?

Em geral, o prazo de entrega do original está fixado no contrato. O autor deve, quando do término do prazo, entregar a obra ao empresário.

Em falta de estipulação de prazo para a entrega do original aplicam-se os dispositivos legais. Mas a esse respeito deve-se distinguir se a obra está acabada quando da conclusão do contrato ou se tem como objeto obra futura ou inacabada.

Quando a obra está terminada e pronta para ser editada, a entrega deve ser feita imediatamente.

Se o autor, após a conclusão do contrato, recusa-se a entregar a obra ou o faz com demora expõe-se a uma ação de perdas e danos.

Por outro lado, se a obra não estiver acabada no momento da conclusão do contrato e se nenhum prazo foi fixado para a entrega as soluções são diferentes.

A interpelação do empresário coloca o autor em mora.

A fixação do prazo será feita ou pelo editor ou pelo juiz, levando em conta a conveniência do autor em cumprir a obrigação.

Na determinação do prazo, o editor ou juiz levará em consideração todas as circunstâncias, sobretudo o gênero da obra e as possibilidades do autor na sua atividade criadora.

O interesse do editor será de não fixar um prazo muito longo, porém que seja suficiente para o autor acabar a obra.

b) causas possíveis da recusa de entregar

Há, em certas ocasiões, legitimidade para a recusa na entrega do original ou cópia.

É necessário, contudo, evitar que o autor possa com facilidade descumprir o que foi pactuado.

O autor, somente, poderia fundamentar a recusa de entrega na inexecução das obrigações por parte do editor, ou num caso de força maior.

São apresentadas como razões de recusa a descoberta posterior de um processo de invenção que retire todo o interesse da obra ou um trabalho que solape as bases das teorias expostas no trabalho.

O autor pode falecer antes da entrega de sua obra ao empresário. Nesse caso os herdeiros só poderão ser obrigados a entregá-la se terminada.

Mesmo havendo circunstâncias concludentes no sentido de o autor ter considerado sua obra concluída, os herdeiros não poderão ser obrigados a entregar a obra por eles considerada inacabada.

Ao mesmo tempo eles não poderão ser obrigados a entregá-la a um terceiro para que a termine.

c) sanção pela não-entrega

Qual seria a sanção quando, sem razão fundamentada, o autor se recusasse a entregar o prometido?

Como o contrato de reprodução impõe ao autor uma obrigação de entrega suscetível de execução forçada, o editor poderá conseguir autorização para apreender o original encontrável na residência do autor, ou para, por exemplo, reproduzir a obra teatral mandando estenografá-la durante uma representação.

Mas existe o problema de como admitir que a obra está finda, pois haverá a possibilidade de o autor alegar que não a terminou.

Mas na doutrina, os autores que aprofundaram o estudo dos contratos de utilização (*exploitation*), principalmente o contrato de edição, concluíram a favor do princípio de que a execução forçada da obrigação de entregar o manuscrito ou uma cópia destinada à reprodução é admitida.

O empresário teria direito a perdas e danos para reparar o prejuízo por ele sofrido com as despesas não aproveitáveis face a recusa do autor em entregar o *corpus mechanicum*?

Isso depende. Se o autor cometeu infração por não ter entregue o original dentro do prazo previsto, então o empresário poderá pleitear perdas e danos. Em caso contrário, não poderá pleitear nada porque não devia começar a publicação antes de receber todo o original quando este é executado por partes.

d) correção e modificação das provas

A obrigação do autor não se extingue com a entrega do original. São necessárias ainda duas obrigações acessórias: a correção e a modificação das provas.

Por correção de provas deve-se ao mesmo tempo conceber um direito e um dever do autor.

É um direito porque o autor deve velar pela fidelidade da obra a ser publicada.

É, ao mesmo tempo, dever, pois o autor é a pessoa mais capaz para corrigir as provas e, enquanto não cumprir esta obrigação, não terá cumprido, inteiramente, sua obrigação de entrega.

O autor, ao corrigir as provas, deve, na lição de HASSAN MATINE, respeitar as seguintes regras: a) a correção não deve ser prejudicial aos interesses do editor; b) a correção não deve aumentar a responsabilidade do editor; c) a correção não deve impor despesas imprevistas ao editor, porque, nesta eventualidade, o autor deverá indenizá-lo.

Problema dos mais debatidos é o de estipular em quais casos a correção de uma obra pode ser considerada como prejudicial ao editor, ou como determinando um aumento em sua responsabilidade.

Na prática, para evitar qualquer dificuldade quanto ao assunto, é aconselhável que as partes convençam no contrato que certa porcentagem das despesas ocasionadas para todas as correções estará a cargo do empresário.

Contudo, se esta porcentagem for ultrapassada, o autor suportará o excedente.

Mas o autor pode, também, introduzir modificações nas provas, sobretudo quando forem necessárias em decorrência de novidades, de novos dados, quando se trata de obras técnicas ou científicas.

O autor pode modificar certas passagens da obra intelectual, e o empresário deve levá-las em conta quando não apresentarem um encargo excessivo, podendo, conforme a dimensão das modificações, ser ressarcido das despesas que o onerarão.

O autor, enfim, pode introduzir na obra todas as modificações que julgue necessárias até que a impressão da obra não se tenha completado, mas com duas limitações. De um lado, tais modificações não devem alterar o caráter ou a destinação da obra, de outro, se o autor efetua modificações que se devem considerar extraordinárias, deve suportar as despesas relativas.

A legislação brasileira garante ao autor a prerrogativa de modificar a obra, pois, no art. 71, parágrafo único, da Lei nº 5.988, estatui que o editor poderá opor-se às alterações que lhe prejudiquem os interesses, a reputação ou aumentem a responsabilidade e, no inciso V do artigo 25, ao

enunciar os direitos morais do autor, indica “o de modificá-la, antes ou depois de utilizada”.

Trata-se de dispositivo de grande relevância, porque prevê a possibilidade de modificações serem introduzidas quando da correção das provas da primeira edição, como, também, quando se tratar dos trabalhos para reedições.

e) a importância da “ordem de mandar imprimir”

A “ordem de mandar imprimir”, “si stampi”, “imprimatur”, “bon à tirer” ou “tírese” é na lição de Valério de Sanctis uma declaração de vontade do autor, que implica no seu assentimento (exercício do direito pessoal de inédito para obras inéditas ou exercício do direito de controle sobre a integridade da obra) para a reprodução da obra pela impressão feita pelo editor e que constitui condição necessária para que o contrato produza o efeito desejado. (3)

Quanto ao controle sobre os exemplares publicados, é desejável que a “ordem de mandar imprimir” seja feita em duas vias, assinadas pelo autor e pelo editor, ficando uma com o autor e outra com o editor.

Significa a aprovação do autor a que se proceda a impressão.

Trata-se de uma garantia suplementar para o editor, que pode, a partir de então, opor a ordem assinada a toda reclamação posterior do autor.

O autor, enquanto não estiver satisfeito com a correção ou com a boa apresentação da obra, pode se recusar a dar a sua aprovação e impedir, assim, o editor de imprimir uma obra.

É de toda conveniência que conste do “bon à tirer” o número de exemplares a serem reproduzidos.

Para o autor, a assinatura do “bon à tirer” e a determinação do número de exemplares têm um outro interesse: permitir-lhe controlar, facilmente, se o número de exemplares impressos corresponde, seja para a primeira edição, seja para uma reedição, ao número convencionado.

7. Deveres do editor

A) Publicação

a) Noção e sanções à obrigação de publicar

b) Alguns problemas de alta relevância ligados à impressão:

1) o número de exemplares, os “mains de passe” e os exemplares a serem dados ao autor;

2) distinção entre edição, tiragem e reimpressão;

3) numeração e assinatura dos exemplares da obra.

(3) VALÉRIO DE SANCTIS, “Contratti di Edizione — Contratti di Rappresentazione e di Esecuzione”, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1965, pág. 163.

A) Publicação

a) Noção e sanções à obrigação de publicar

Os termos **publicação** e **edição** devem ser considerados equivalentes quanto aos efeitos jurídicos relacionados com o contrato de edição.

Edição significa não apenas o acontecimento da publicação ou republicação de uma obra intelectual, mediante sua reprodução em mais cópias, obtidas com o sistema da impressão, mas também a correspondência da obra à concepção atual do autor, ou pelo menos à vontade do autor de vê-la reproduzida assim como é.

A publicação tem como objeto colocar à disposição do público um número suficiente de exemplares da obra intelectual, livros, discos, partituras, gravuras etc.

Para alcançar isso passa-se por um conjunto de atividades simultâneas ou sucessivas que, de acordo com suas próprias técnicas, podem agrupar-se em três fases: impressão, difusão e distribuição, que se decompõem numa gama de obrigações a cargo do editor ou empresário.

A Convenção de Berna, no art. 4º, alínea 4ª, reduz as obras publicadas apenas às obras editadas, acrescentando, contudo, que "qualquer que seja o modo de fabricação dos exemplares, estes deverão ser colocados, em quantidade suficiente, à disposição do público".

Mas se a obra intelectual não for reproduzida, a sanção pode consistir na rescisão do contrato com perdas e danos a serem pagos pelo editor ou a uma condenação às perdas e danos compensatórios do prejuízo sofrido.

O artigo 68 da Lei brasileira nº 5.988 determina que "resolve-se o contrato de edição se, a partir do momento em que foi celebrado, decorrerem três anos sem que o editor publique a obra".

Configurada a rescisão, caberá ao autor cobrar do empresário uma indenização por perdas e danos ou, em caso de impossibilidade desta prova, deveria o editor pagar uma indenização fixada pelo juiz, de acordo com a solução dada por algumas legislações.

O prazo de três anos, previsto no artigo 68, é muito longo. Trata-se de uma norma que protege o editor.

Com um prazo tão extenso consideramos que, diante da inexistência de um termo dentro do qual a obra deva ser publicada, poderá sempre o autor, não substituindo justificativa para a demora do editor, notificá-lo através do Poder Judiciário para que cumpra a sua obrigação dentro do prazo a ser fixado por este último. Seria conveniente atribuir ao magistrado poderes para impor uma multa diária, se escoado o novo prazo não viesse a obra a lume.

b) Alguns problemas de alta relevância ligados à impressão

1) O número de exemplares, os "mains de passe" e os exemplares a serem dados ao autor

Qual o número de exemplares que devem compor cada edição?

O assunto adquire importância, sobretudo, quando o editor tem a faculdade de publicar apenas algumas edições. Quando o contrato indica o número não há problema delineado.

Não havendo estipulação quanto ao número de exemplares a serem reproduzidos, prevalece supletivamente o artigo 61 da Lei nº 5.988 que estatui, no silêncio do contrato, considerar-se que cada edição constitui-se de dois mil exemplares.

Esta matéria interessa, também, no caso de cessão de direito patrimonial e no contrato de edição em que o autor recebeu, adiantadamente, uma quantia a título de pagamento de direito de autor, pois permanece o direito moral de saber qual o número de exemplares reproduzidos e acompanhar a comercialização da obra.

“Mains de passe” e exemplares que substituem os produzidos com defeitos: apesar de, geralmente, ser indicado o número de exemplares que deverão ser reproduzidos, tem-se admitido, como hábito, a possibilidade deste número ser excedido por conta das cópias defeituosas ou para serem encaminhados ao autor, às bibliotecas, revistas, aos críticos, professores, sempre dentro do espírito de distribuição gratuita.

É lógico que varia o número de exemplares a serem impressos a mais, de acordo com a natureza da obra.

A quantidade desses exemplares suplementares varia conforme a qualidade ou espécie da categoria da obra, o tipo e o custo da edição.

Por exemplo, as obras didáticas exigirão mais exemplares a serem distribuídos *graciosamente* entre os professores quando se tratar de uma primeira edição, pois, nas subseqüentes, o número de livros a serem distribuídos será menor por já ter sido a obra divulgada.

É freqüente indicar no contrato que estes exemplares complementares não excedem dez por cento da tiragem.

O empresário, portanto, utiliza esses exemplares para substituir os reproduzidos defeituosamente — são os exemplares de quebra.

Ao mesmo tempo, dele sairão os exemplares destinados à difusão da obra.

Mas os autores, também, devem receber exemplares gratuitamente, por parte do empresário.

É preferível generosidade na contratação desses exemplares a fim de evitar constantes discussões posteriores.

Deve-se fixar, muito claramente, no contrato o número de exemplares gratuitos que receberá o autor na primeira e nas edições sucessivas.

2) Distinção entre edição, tiragem e reimpressão

A edição constitui uma publicação nova que ocorre após a deterioração dos caracteres de impressão utilizados na primeira publicação.

As tiragens sucessivas são feitas com a mesma composição; o conjunto constitui uma única edição; são feitas com o mesmo formato o que pode não suceder em várias edições de uma mesma obra.

Se, no caso de várias edições contratadas, o autor não aproveita a oportunidade para incluir alterações significa que concorda que a obra seja publicada identicamente à primeira edição ou à edição anterior.

Devemos, então, distinguir a edição verdadeira e própria da tiragem (tiratura) e da reestampa (ristampa).

Por tiragem compreende-se o complexo de cópias retiradas do mesmo estampo com uma determinada unidade de tempo e de circunstâncias, quando em unidades sucessivas, e permanecendo inalterado o estampo originário, podem-se executar mais tiragens da mesma edição.

A distinção entre nova edição e nova tiragem não é sempre fácil de ser caracterizada.

A rigor, a tiragem deveria ser estereotipada, mas ainda será nova tiragem quando as eventuais modificações do texto se limitem a poucas correções marginais.

Por outro lado, nem sempre uma nova edição é acompanhada de modificações radicais na apresentação ou na substância da obra.

Por reestampa (ristampa), quando não se usa a expressão como sinônimo de tiragem, pressupõe-se, ao invés, uma nova composição do material de impressão desde que, porém, determine um resultado idêntico a primeira e a qual pode proceder-se, seja a título de nova edição, seja no âmbito da primeira edição com o intuito de aumentar as cópias.

Deriva de tal conceito que, enquanto a tiragem e a reestampa têm um significado estritamente técnico, a edição, ao invés, tem um particular significado jurídico enquanto pressupõe o consentimento do autor, não sobre o direito do editor a renovar a edição — direito que deriva do contrato —, mas quanto ao conteúdo e a forma da obra como aparece reproduzida na edição.

Por isso, sem tal consentimento, o editor, mesmo se tem a faculdade de proceder a sucessivas tiragens ou reestampas, não pode qualificá-las como novas edições, vice-versa com o dito consentimento pode qualificar como novas edições, também simples tiragens ou reestampas.

3) Numeração e assinatura dos exemplares da obra

A Lei brasileira nº 5.988, através do art. 64, introduziu, finalmente, um sistema indispensável ao determinar que, “a menos que os direitos patrimoniais do autor tenham sido adquiridos pelo editor, numerar-se-ão todos os exemplares de cada edição”.

Pelo parágrafo único, considera-se contrafação, sujeitando-se o editor ao pagamento de perdas e danos, qualquer repetição de número, bem como exemplar não numerado ou que apresente número que exceda a edição contratada.

A finalidade é tornar viável o controle dos exemplares vendidos.

Consideramos fundamental para a defesa dos direitos de autor que a lei deixe claro que as despesas com a numeração fiquem a cargo do editor.

Acreditamos que isso deveria ser expresso numa norma de ordem pública.

Tal formalidade representa elemento relevante para o controle da tiragem e dos exemplares distribuídos.

A falta de cumprimento da obrigação por parte do empresário o transforma em responsável pelos danos eventuais, por impossibilidade ou dificuldade de controle.

Consideramos a orientação seguida pela Lei nº 5.988 como sendo de norma de ordem pública. Entretanto, criticamos, veementemente, a exclusão da numeração quando tenha havido a transferência do direito patrimonial. Isto porque o autor tem o direito moral de acompanhar o sucesso ou o insucesso da obra.

Portanto, a orientação adequada é considerar que a numeração é obrigatória no contrato de reprodução em que o autor recebe sua contraprestação em um único pagamento, no contrato de edição com participação do autor numa porcentagem sobre o preço de capa, e, também, quando o autor transferiu ao editor o seu direito patrimonial sobre a obra.

A redação do artigo 64 da Lei nº 5.988 deve ser considerada de ordem pública, não se admitindo, pois, a renúncia, estipulada em contrato, a esta prerrogativa fundamental para a defesa do autor.

Nem se conceberia interpretação diferente quando o legislador admite o caráter supletivo da norma ao usar a tão criticada expressão "salvo disposição ou pacto em contrário".

E essa expressão não aparece no texto do artigo 64 da Lei nº 5.988.

Com a instituição, pela Lei n.º 5.988, do domínio público remunerado (artigo 93), evidentemente, os exemplares devem estar numerados, pois ingressa ao Fundo de Direito Autoral o controle sobre as tiragens por ele autorizadas, vez que substitui ao autor nas vantagens pela utilização da obra intelectual. (Consultar a respeito Resolução do Conselho Nacional de Direito de Autor.)

Nesta matéria devemos ressaltar a importância de que surja uma lei especial que determine a numeração dos discos fonográficos, o que deve ser levado em conta como uma medida moralizadora num campo em que o autor estava desprotegido de qualquer medida eficiente.

Nada impede que o autor se reserve no contrato o direito de assinar pessoalmente cada exemplar quando, então, surge a obrigação do empresário de colocar os exemplares à disposição para a aposição de assinatura.

B) Difusão e distribuição comercial

Com a difusão da obra deve o empresário levá-la ao conhecimento do público e incitar a aquisição.

A obrigação que lhe incumbe de efetuar a publicidade necessária é um dos traços mais originais do contrato de reprodução.

O autor tem o direito de pedir prestação de contas ao empresário para ver se este fez o necessário para espalhar sua obra entre o público, e a despeito de um acordo particular concernente a esta publicidade, o juiz deve procurar saber se o editor comportou-se de acordo com o uso e não foi negligente.

O empresário está obrigado a realizar uma publicidade suficiente, de acordo com a natureza e o público próprio da obra de que se trata.

O empresário deve se entregar a uma publicidade da obra que seja normal e suficiente a fim de facilitar sua difusão.

Esta obrigação é importante, pois é dela que dependerá, em grande parte, o sucesso comercial da obra.

Os tribunais não hesitam em pronunciar a rescisão do contrato de edição quando a publicidade empreendida é insuficiente para permitir a venda normal da obra.

8. Algumas considerações sobre a retribuição econômica do autor

Existem, quanto ao pagamento do preço que o autor recebe por ter autorizado a reprodução de sua obra intelectual, várias modalidades de retribuição. O autor recebe através de uma quantia única ou então através do pagamento de porcentagens. Esses dois modos de remuneração são, naturalmente, suscetíveis de modalidades.

Convenciona-se, quase sempre, uma porcentagem sobre o preço de venda de cada exemplar a favor do autor, mediante acertos periódicos, e não se trata de quantias muito altas, porque as despesas de impressão e distribuição estão desde o início a cargo do editor.

A Lei nº 5.988 atribui, pelo artigo 60, ao Conselho Nacional de Direito Autoral, competência para arbitrar o **quantum** da retribuição, se por acaso o contrato de edição for omissivo quanto à remuneração a ser paga pelo editor.

Com muito maior propriedade, o artigo 1.355 do Código de Comércio da Colômbia estatui que o contrato de edição deve estipular a remuneração do autor que, contudo, não pode ser inferior a 10% (dez por cento) do preço de venda ao público. Na falta de estipulação, esta a porcentagem que prevalecerá.

Conforme informação de "Principios Orientadores para la Redacción de Contratos", a fórmula mais simples e de mais fácil aplicação é a que consiste em fixar uma quantia a ser paga de uma única vez quando se tratar de transferência de direitos de autor a países em vias de desenvolvimento.

Tivemos oportunidade de criticar este sistema em obra especializada. (4)

(4) FABIO MARIA DE MATTIA, "O Autor e o Editor na Obra Gráfica; Direitos e Deveres", São Paulo, Edição Saraiva, 1975, pág. 252.

Estelionato e falsidade

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA

Professor da Faculdade de Direito da UERJ

O estelionato é, a bem dizer, um crime da modernidade, em que a burla substitui a violência, tomando várias e complexas formas, por ocasiões de pouca nitidez, o que levou CARRAUD a considerá-lo "o Proteu do Direito Penal Moderno".

Bem observou HUNGRIA (*"Comentários ao Código Penal"*, vol. VII, pág. 151): "Nos tempos modernos, a fraude constitui o cunho predominante dos crimes contra o patrimônio. O ladrão violento, tão comum em outras épocas, é atualmente um retardatário ou um fenômeno esporádico." Por isso, registrou o clássico GALDINO SIQUEIRA (*"Direito Penal Brasileiro"*, Parte Especial, pág. 748): "para CARRARA, o estelionato tem como característica o configurar uma injusta espoliação da propriedade".

Anotando o estatuto penal vigente, que tem uma redação bem mais feliz que os diplomas repressivos anteriores (Código Criminal do Império, art. 264; Código Penal de 1890, art. 338), que receberam, na espécie, acerbas críticas, considera Magalhães Noronha ("Crimes Contra o Patrimônio", vol 2, pág. 121) que o delito de estelionato se resume ao polinômio: meio fraudulento + erro + vantagem ilícita + lesão patrimonial = estelionato, advertindo, em outro passo, todavia, que "não é propriamente a fraude que se pune, mas a lesão por ela causada".

Crime apenado desde as mais afastadas legislações, como o Código de Hamurabi, tendo nas Ordenações a denominação de "Enliço", o estelionato, cuja história foi tão bem traçada por TOLOMEI; que os franceses chamam "escroquerie", os italianos, "truffa", os espanhóis "estafa", os portugueses, "burla" e os alemães, "betrug", assim é regulado pelo Código Penal Alemão (art. 263): "É punido como culpado de fraude aquele que causa dano ao patrimônio alheio, provocando ou mantendo em erro, quer mediante simulação de fatos falsos, quer mediante dissimulação ou alteração de fatos reais, com intenção de procurar para si ou para um terceiro um proveito ilícito."

VON LISZT ("Tratado de Direito Penal Alemão", vol. 2º, pág. 300) expõe, por sua vez, o seguinte conceito: "Burla é o dano feito ao patrimônio alheio na intenção de locupletação e mediante emprego de um engano artificioso, isto é, suscitando-se ou entretenendo-se em erro."

O estelionato é contemplado, por exemplo, nos artigos 640 do Código Italiano (art. 413 do Código Zanardelli), 326 do Código Holandês, 450 do Código Português, 182 do velho Código de Zurich, 405 do Código Belga, 386 do Código Mexicano, 335 do Código Boliviano, 148 do Código Suíço, 244 do Código Peruano, 468 do Código Chileno, 172 do Código Argentino e 379 do Código Húngaro ("Quiconque, dans le dessein de se procurer ou de procurer à autre un avantage pécuniaire illégitime, induit ou maintient une personne en erreur par des manoeuvres frauduleuses, et lui cause un dommage pécuniaire commet une tromperie"), que, admitindo a tripartição das infrações penais, à semelhança do foral francês e do alemão, que lhe serviu de exemplo, exara em seu art. 380: "La tromperie constitue un délit si le dommage causé ne dépasse pas cinquante florins, et, en cas contraire, un crime."

Note-se que em qualquer legislação o estelionato se distingue por uma fraude que causa uma lesão patrimonial, ou que a tenta causar.

"La truffa", diz MANZINI, "consiste nel carpire un indebito profitto, mediante un'insidia tesa all'intelligenza o al sentimento altrui, così da indurre, per errore il soggetto passivo a fare ad omettere in tutto o in parte ciò che l'agente si era proposto di ottenere."

O Código Penal Soviético (art. 169) registra, por seu turno, de forma muito semelhante a de nosso Código: "El abuso de confianza o el engaño con el ánimo de obtener bienes, o derechos patrimoniales u otras ventajas personales será sancionado con privación de libertad hasta dos años. *Cuando la estafa cause perjuicios a una institución del Estado o pública, será sancionada con privación de libertad hasta cinco años y confiscación total o parcial de bienes*" (o grifo é nosso).

Consigna o art. 171, do nosso Código Penal, estabelecendo a necessidade da fraude, do locupletamento ilícito e de prejuízo (que deve ser o do momento da ação delituosa): "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento", e no § 3º: "A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência."

Doutrina BENTO DE FARIA ("Código Penal Brasileiro", vol. IV, pág. 205): "Os artificios, ardis, ou manobras fraudulentas devem ser praticados contra as pessoas físicas que constituem a respectiva organização administrativa e têm a respectiva representação, no desempenho da finalidade de assistência, previdência ou beneficência, pública ou privada." Esclarece muito bem HUNGRIA (*op. cit.*, pág. 253): "Entidade de direito público é a que integra a organização administrativa do Estado ou gravita na órbita dessa organização (União, Estados federados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias ou entidades paraestatais)."

Nunca será demasiado o ensinamento de MANCI: "La pubblica amministrazione, per la obbiettività giuridica del titolo X, ha significato di una entità patrimoniale d'interesse collettivo sociale, e cioè di quel complesso di beni produttivi e improduttivi posseduti e amministrati da persone di diritto pubblico in nome proprio e no per fine carattere speculativi privati, ma nell'interesse e per utilità generale a regime autonomo e tutelato."

Há sutil questão doutrinária a ser resolvida: a da coexistência do estelionato e de falsidade, da simbiose entre o "crimen falsi", que é formal, e da "escroquerie", que é material, entendendo alguns que pode haver concurso material, outros, concurso formal, e ainda mais outros, unidade de crime, com a prevalência do falso ou do estelionato e se for crime-fim, sendo interessante, sobre a matéria a tese de A.C. BOCAIUVA CUNHA.

"Em nossa opinião, ensina HUNGRIA (*op. cit.*, pág. 208), o caso comporta duas soluções diversas conforme seja ou não, o *falsum*, o único meio fraudulento empregado pelo agente." No primeiro caso haverá o crime único

de falsidade, apesar das objeções de TOLOMEI, que considerava injusto pre-
valecer a falsidade quer com estelionato tentado, quer com ele levado *ad*
exitum, no segundo um concurso material com o *crimen stellionatus*, que só
ocorrerá, repita-se, quando o *crimen falsi* é coadjuvado por outros meios fraudu-
lentos, isto é, enganosos.

O oferecimento de vantagens indevidas a funcionários públicos, a corrup-
ção ativa, não se inclui entre esses meios, que visam a burla, por constituir
crime autônomo, em concurso material com o crime de falsidade, que assim
absorve o estelionato.

A revogada Consolidação das Leis Penais, em seu artigo 260, o mesmo
do Código Penal anterior, assim dispunha: "Em nenhum caso a falsidade, que
reunir todos os elementos de sua definição legal, constituirá elemento de outro
crime."

O atual estatuto punitivo não contém dispositivo semelhante, mas devemos
congeminar como se ele ainda estivesse em vigor, como é o caso dos artigos
1º, *in fine*, 24, 31, 37, 76 e outros dispositivos do Código Penal Brasileiro de
1890, cuja técnica não era a que seria de se desejar.

Destarte se alguém falsifica um documento e utilizando-o consegue "obter
para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo alguém
em erro", não se tem o estelionato, funcionando a falsificação como ardil, mas
apenas o delito de falsificação. Não há, em tese, falar em estelionato. Nesse
mesmo sentido encontramos a posição de HUNGRIA, aprovada unanimemente
na Primeira Conferência dos Desembargadores: "quando mediante falsidade
documental se induz alguém em erro, temos um crime de falsidade que é
mais compreensivo que o estelionato". E ainda é o abalizado penalista quem
assim se expressa: "quando a falsidade se perpetra no sentido de atingir o
objetivo do agente, não é mais do que um estelionato. No fundo é um estelio-
nato. De modo que a lei entende que, neste caso, quando existe falsidade
documental o estelionato fica absorvido. Não há se cogitar de outro crime senão
a falsidade documental".

Como se percebe, se aparecem todos os elementos do crime de falsidade
(*imitatio veri*, dolo, possibilidade de dano, como demonstra F.P. BALDES-
SARINI, em "Dos Crimes Contra a Fé Pública"), o agente deverá ser punido
com as penas a tal crime cominadas, delito que absorve, como vimos, o estelio-
nato e sobre ele prepondera, quando não ocorre o concurso material (o agente
falsifica, por exemplo, também, documentos estranhos à fraude).

Todavia, igualmente, sob pontos de vistas doutrinários, o interesse da
ordem pública tem justificado quando o *falsum* é delito-meio, a predominância
do estelionato, para que não ocorra a impunidade.

**Falsidade ideológica decorrente do registro de filhos alheios como próprios.
Pode a sociedade punir um ato cuja nobreza exalça? (*)**

Prof. ANTÔNIO CHAVES

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Falsidade ideológica. Elementos.
3. Jurisprudência pátria e conclusões que autoriza.
4. Não há delito sem antijuridicidade.
5. Providências a serem tomadas para legalizar a situação.

1. Introdução

O que é que objetivam um homem e uma mulher quando unem suas existências?

Sem dúvida, satisfazer seus instintos sexuais.

(*) Palestra proferida na UNAERP — União das Associações de Ensino de Ribeirão Preto, no dia 11-12-1976.

Seria porém muito material, muito primário, muito "animal" o conceito, se a par desse, não considerasse outros alvos, mais nobres: a união, além dos corpos, dos espíritos, das almas, para compartilhar das satisfações que a vida proporciona, para ampararem-se mutuamente nos infortúnios e nas doenças.

Percebe-se, então, que aquela união de dois seres é muito mais complexa do que parece à primeira vista, revelando-se base e origem de um instituto também ético, jurídico, social, e até mesmo político, o mais importante de todos, pois é nessa união que o Estado assenta a sua base, como célula fundamental da própria continuidade de seus componentes.

Qualifica por isso DERBURG o casamento como o instituto mais importante do direito privado, pedestal da organização da sociedade civil, complementando Spencer que a continuação da vida, da espécie é a finalidade a que todas as outras finalidades ficam subordinadas, uma vez que, onde a espécie desapareça, desaparecerão todos os outros objetivos.

Certa, pois, a conclusão de CALOGERO GANGI: se a união sexual é uma das finalidades fundamentais do casamento, não é certamente a única nem pode ser considerada a mais importante e indispensável. A procriação, a criação e a educação da prole constituem indiscutivelmente outro escopo fundamental.

Maternidade e paternidade são sem hesitação as mais sublimes venturas de que se possa desfrutar na terra: fontes de inesgotável contentamento, enquanto infantes os filhos, de satisfações maiores à medida que vão desenvolvendo sua inteligência, quando bem orientados, e de apoio no desamparo e na velhice. Os pais vêm-se retratados e perpetuados na descendência.

Mas a existência proporciona surpresas e decepções, e pelas razões as mais diversificadas, inúmeros casais, por maiores que sejam seus esforços e diligência, não conseguem procriar.

Dai a preocupação revelada desde os tempos mais recuados na história, de suprir essa falha por meio dos mais variados expedientes, dentre os quais o mais usado é o da adoção, a que em época recente se acrescentou outro: o da legitimação adotiva, que procura uma integração mais completa.

Mas nem um nem outro cortam definitivamente todos os laços que unem uma criança, mesmo abandonada, à família de sangue.

Por isso mesmo milhares de casais visando justamente romper todos os liames com o passado, apagar completamente qualquer possibilidade de reivindicação por parte dos verdadeiros parentes, e até mesmo, evitar que os filhos acolhidos venham a defrontar-se com perguntas indiscretas e com preconceitos de toda ordem, sabedores mesmo que estão cometendo um crime, arrostando todos os perigos e acabam registrando filhos alheios como próprios.

2. Falsidade Ideológica. Elementos

Cometem, por essa forma, figura delituosa definida no Código Penal como:

“FALSIDADE IDEOLÓGICA

Art. 299 (caput) — Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena — reclusão, de um a cinco anos, e multa, de um cruzeiro a dez cruzeiros, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de cinquenta centavos a cinco cruzeiros, se o documento é particular.”

A simples leitura do texto configura quatro elementos constitutivos:

- 1) omissão ou comissão de declaração falsa ou diversa;
- 2) finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante;
- 3) interesse;
- 4) dolo.

Se o primeiro elemento está sem dúvida perfeitamente caracterizado em todos os casos em que alguém pretende inculcar filhos alheios como próprios, há que convir em que rarissimamente concorre o intuito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. E na hipótese em estudo, pretender configurá-lo será, por certo, superfetação.

Que prejuízo poderia vislumbrar um casal ao acolher como suas, crianças que de outro modo estariam fadadas a privações e possivelmente misérrimas?

Tivesse um só filho de sangue, e então poder-se-ia considerar a eventualidade de um dano para este, e não para aquelas, como está sem dúvida na intenção da lei.

Demonstra FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria del Falso* (Pádua, Cedam, 1935, pág. 167), estar o princípio de que a falsidade inócua não é penalmente ilícita tão profundamente enraizado na tradição italiana que até mesmo a “*Relazione del Guardasigilli al Re*” reconhece que:

“ove fosse concepibile un caso di falsità in atto pubblico assolutamente non suscettiva di cagionare qualsiasi nocimento, nessun giudice riterrebbe sussistente il delitto”.

Lembra ainda ter-se na formação do Código sustentado que uma possibilidade desta espécie não existe, porque, pelo menos no que diz respeito a um ato público, o falso pode sempre causar dano.

Acrescenta ser provável que, se com relação a esse ponto a indagação fosse levada mais a fundo, a afirmação resultaria mais cautelosa, assumindo também a esse propósito relevo decisivo a distinção estabelecida entre falsidade exterior e falsidade interna do documento.

Enquanto que na primeira convém reconhecer sem mais o perigo iminente porque se trata de fazer figurar o documento como outro daquele que é, na segunda a atenção recai logo sobre a hipótese em que a mendacidade diga respeito a algum pormenor irrelevante dos fatos que o documento representa, e é justamente essa irrelevância que pode constituir a razão da inocuidade do falso.

Indagando se existe um caminho pelo qual a inocuidade do falso possa traduzir-se, na conformidade da própria previsão do Ministro, em inocência do falsificador, reconhece que, na prática, os juízes percorrem o mais freqüentemente o caminho do dolo.

Não nega que, às vezes, justamente devido à irrelevância da mentira, esta tenha antes escapado ao documentador que não tenha sido por ele querida. Fora porém desta hipótese, a negação do dolo confundiria a vontade com a causa, e, em segundo lugar, atribuiria a esta, em matéria de falso em ato público, um valor que não possui.

Manifesta que a fresta através da qual "può passare questa profonda esigenza di giustizia" é aquela parte da fórmula do art. 479 do Código Penal italiano que precisa o objeto do falso punível em tais "fatos, dos quais o ato é destinado a provar a verdade."

E conclui:

"Si potrà sostenere che se quel modo di essere di un fatto, che è oggetto del mendacio, non ha giuridica rilevanza, l'atto non è destinato a provarne la verità, perchè la rilevanza del fatto da provare è un pressupposto della sua prova in giudizio."

NOÉ AZEVEDO, em parecer, considera indispensável a ocorrência de dano efetivo ou potencial. Surgindo uma alteração da verdade que não cause prejuízo, nem seja apta a causá-lo, fica excluída toda idéia de criminalidade:

"O registro promovido pelo consulente nenhum prejuízo causou, nem seria apto a causá-lo. Se é verdade que o casal tinha uma filha legítima, que poderia vir a ser prejudicada na sua sucessão, pela concorrência de mais um suposto irmão, é também certo que os autores do registro também teriam direito de dispor por testa-

mento da metade dos bens que porventura viessem a possuir, não tendo, na atualidade, patrimônio apreciável. A solidariedade de um irmão valeria muito mais a essa filha legítima do que o mingado quinhão hereditário que fosse atribuído ao rapaz.”

No que diz respeito à falsidade ideológica, acrescenta: “não bastará a simples consciência de estar sendo preterida a verdade. É o próprio BENTO DE FARIA quem, nas anotações ao art. 299, acrescenta isto: “Na espécie não basta, entretanto, que o culpado tenha agido com consciência e vontade, é necessário que tenha sido impelido por determinado interesse.” E cita, no mesmo sentido, GARRAUD, PUGLIA, RIVAROLA, NEGRI, COGLIOLO e outros”.

Finalmente, no tocante ao dolo, analisando a cláusula final do art. 299 chega à conclusão de que esse preceito exige realmente o dolo específico para a configuração do delito de falsidade ideológica.

Invoca um elemento histórico em abono dessa conclusão, o art. 258 do Código Penal de 1890:

“Fazer escritura, papel ou assinatura falsa, sem ciência ou consentimento da pessoa a quem se atribuir, com o fim de criar, extinguir, aumentar ou diminuir uma obrigação.”

Os nossos penalistas, entre eles CARVALHO DE MOURÃO, criticavam esse texto, dizendo que restringia extraordinariamente a figura delituosa, tornando necessária a existência de um dano material para integrar-se a falsidade de documento particular. Isso impedia a punição de falsidade de escritos dessa natureza, da qual decorresse somente dano moral, como na célebre questão da carta falsa atribuída ao PRESIDENTE BERNARDES (v. comentário de GALDINO SIQUEIRA ao art. 258 citado).

Para permitir uma punição mais eficaz para essa forma de criminalidade, foi o texto modificado pelo art. 22 do Decreto n.º 4.780, de 27-12-1923, com esta redação:

“Fazer, no todo ou em parte, escrito ou papel particular falso, alterar o verdadeiro, servir-se de papel por essa forma falsificado.”

Essa disposição tornara evidente a dispensa do dolo específico, consistente na intenção de criar, aumentar ou diminuir uma obrigação. Bastaria a ciência de se estar conculcando a verdade. Não haveria mais necessidade da verificação de dano patrimonial, sendo suficiente a ocorrência do prejuízo de ordem moral.

Mas o novo Código voltou a falar no fim especial de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato jurídico relevante.

Ressurgia, assim, o interesse como finalidade de quase todas as variantes aí previstas.

“Na alteração da verdade sobre fato jurídico relevante, ainda se poderia levantar a questão da dispensa do “animus lucri faciendi”, na coloração do dolo específico. Mas, se o legislador claramente exige a intenção de tirar proveito ou de causar prejuízo nas outras modalidades previstas no texto, não se concebe que tivesse dispensado essa intenção, ainda que o dano objetivado fosse de natureza moral, na última variante, isto é, na alteração da verdade sobre fato jurídico relevante.

Sendo este fato de gravidade incomparavelmente menor do que os outros, seria estranhável que o legislador os equiparasse, estabelecendo a mesma penalidade para uma ação torpe por sua própria natureza e para uma outra, que não passaria de um dos chamados delitos artificiais, advindos de pura criação da lei.”

Conclui demonstrando que a afeição que os declarantes viram nascer em seus corações, foi, incontestavelmente, o elemento psicológico do ato praticado:

“E sentimento de tal nobreza jamais poderá funcionar como força interna, elemento psicológico, dolo genérico ou específico de qualquer crime.”

Acresce que, ao solicitarem a adoção, ou, se for o caso, a legitimação adotiva, poderão os interessados isentar-se de qualquer consequência de caráter punitivo, como iremos verificar mais adiante.

3. Jurisprudência pátria e conclusões que autoriza

Em contraste com os inúmeros casos que é sabido ocorrem anualmente sem que as autoridades deles tomem oficialmente conhecimento, uma pesquisa revelará serem raros os pronunciamentos condenatórios: Rev. dos Tribunais, vols. 221-69, 231-61, 251-127, 334-90 e 439-338, todos eles denunciadores, no entanto, de particularidades de natureza verdadeiramente excepcional.

Muito mais abundante os acórdãos absolutórios: Rev. dos Tribunais, vols. 149-706, 155-305, 187-541 e 564, 185-122, 190-655, 195-97, 206-83, 218-111, 228-110, 231-663, 235-93, 277-157, 287-448, 288-118, 291-121, 292-115, 303-82, 307-110, 322-124, 329-137, 447-767, 464-336, 479-310; Rev. Forense, vols. 98-199, 140-428, 150-420, 182-334, 199-275, 203-305, 207-327 etc.

Não faltam decisões até mesmo do Supremo Tribunal Federal que contornam o problema atribuindo ao falso registro a figura de “adoção simulada”.

O Tribunal de Alçada de S. Paulo, pela sua C. Terceira Câmara Criminal, em acórdão unânime de 20-3-59, Rev. dos Tribunais, vol. 287-448, seguiu a mesma diretriz:

“O registro de filho de outro como próprio caracteriza, em tese, o delito do art. 299 e não o do art. 242 do Código Penal. Mas, para que se configure aquela infração, é indispensável o dolo específico, que se consubstancia no “fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.”

Acolheu, assim, o parecer do Procurador da Justiça E. MAGALHÃES NORONHA, fazendo ver não ter-se integrado o crime, que exige dolo específico, que se consubstancia naquele fim.

Refuta o ponto de vista que o prejuízo ainda pode advir: este jamais poderá ser putativo; seria quase um evento culposo, inadmissível em delito contra a fé pública.

“Nem se diga que há também a alteração da verdade de fato juridicamente relevante como objetivo e que este é insito na falsa declaração. Se a este a lei se reportasse seria pleonástica evidentemente: a alteração da verdade a que aí se faz menção é outra.”

A severidade da norma penal choca-se tão frontalmente com os relevantes motivos sociais que acompanham imemorialmente atos dessa natureza, que os sentimentos do homem médio comum, aos quais não se pode excepcionar o juiz, que, com raras exceções, são unânimes a doutrina e a jurisprudência em diligenciar meios e pretextos para contornar o texto gélido da lei a fim de não cominar pena alguma, quando alguns, entre os milhares de casos que anualmente ocorrem, chegam, por qualquer circunstância às barras dos tribunais, não podendo resistir à verdadeira coação de ordem moral decorrente do alto valor espiritual e humano que inspira tais gestos.

Uma análise da jurisprudência evidencia a preocupação das decisões absolutórias de encontrar um fundamento na maior parte dos julgados localizada na falta de dolo específico.

Mas esse não pode deixar de ser reconhecido como decorrente do fato dos registrantes desejarem “alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”, isto é, a filiação.

Daí concluir o Prof. ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro* (ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1968), não deixar de existir o dolo específico:

“Este, como se sabe, consiste no fim, no escopo, no objetivo que se propõe o agente. E o objetivo imediato daqueles casais está claramente tipificado na parte final do artigo 299. Poderá não haver, nos casos focalizados pelo Tribunal, culpa moral *lato sensu*, pois is-

so depende do critério que se adote, mas não deixa de existir o dolo específico.”

SYLVIO DO AMARAL, autor da premiada monografia **Falsidade Documental** (S. Paulo, Editora Rev. dos Tribunais, 1958), depois de pôr em realce, a pág. 90, as incongruências e desconchavos do Código Penal, salienta ser o art. 299 manancial inesgotável de dissidência jurisprudencial, em virtude de ter o legislador cominado, indistintamente, severa pena para todos os casos, sem distinguir como modalidade privilegiada (como fez a respeito de muitas outras figuras delituosas) aquela em que o agente procede movido por motivo de relevante valor social ou moral.

“Nos casos oriundos de causa nobre, sentem os juízes o descabimento da aplicação de pena grave como a reclusão. E, à falta de uma pena de rigor intermédio e conveniente, preferem concluir pela absolvição do agente, ainda que para isso se valendo de soluções, que o texto legal e a doutrina desautorizam, tais como a de atribuir à nobreza de propósitos a força de circunstância excludente de criminalidade.”

Tanto isso é verdade que o próprio legislador, reconhecendo o excessivo rigor com que considerou a hipótese, não apenas abrandou extraordinariamente as penas, que, no Código Penal de 1969, passam a ter mais um valor meramente simbólico, de simples lembrete ou advertência de que a hipótese constitui uma ilegalidade, do que propriamente a revelação da intenção de reprimir, mas, ainda consignou uma alternatividade de penas que o texto atual não exhibe.

É o que se deduz do art. 266, parágrafo único, que degrada a pena de reclusão para a de detenção, que reduz, ainda, se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, para três meses a um ano, ou pagamento de cinco a vinte dias-multa; admite, outrossim, expressamente possa o juiz deixar de aplicar a pena (dá-lhe o título de diminuição de pena ou perdão judicial).

A bem dizer, a norma do Código Penal de 1969 descaracteriza o crime de falsidade ideológica, no caso de falso registro para inculcar filho alheio como próprio.

Se no regime do Código vigente são excepcionais os casos de condenação, pode-se tranquilamente deduzir que, antes mesmo que entre em vigor o novo, deixarão de existir completamente.

Justifica muito bem GIUSEPPE MAGGIORE:

“A lei, do mesmo modo que pode incriminar um fato, pode descriminá-lo, isto é, pode suprimir-lhe o predicado de criminalidade, fazendo *secundum ius* o que é *contra ius*. Dessa maneira “justifica” a ação, isto é, volta a colocar dentro da órbita do direito uma ação que deveria ser excluída da mesma.”

Uma ação é ou jurídica ou antijurídica — **medium non datur**:

“Justifica-se, não o que não tem importância ou é estranho ao direito, mas o que seria antijurídico sem um mandado ou permissão, sem uma ordem ou autorização legais.

Se no Direito Penal se fala de **não-delito**, não é porque sob este nome se consideram todas as ações estranhas ao direito (desde os sucessos naturais, como o terremoto e a inundação, até os atos humanos inócuos, como respirar e pensar), mas porque esta categoria serve para denotar aqueles fatos que, conquanto tenham aparências de antijuridicidade, não têm, porém, sua substância, porque a lei os justifica por motivos éticos. O **não-delito** é o delito justificado.” (Págs. 387 e 388, nº 2.)

Há mais, porém.

Tão difundida é a prática do registro de filhos alheios como próprios, tanto responde aos mais puros sentimentos a ambição de quem quer que os filhos que elegeu se sintam *perfeitamente integrados* em sua família, que inspirou ao legislador o novo instituto da legitimação adotiva, por nós já qualificada como “legalização do parto suposto”.

Parcela como é, certamente, da humanidade, não há magistrado, por mais cumpridor escrupuloso de seus deveres e obediente ao espírito da lei, por mais aferrado que seja aos textos, que consiga fazer calar o clamor da sua consciência ao impor uma pena de reclusão de um ano, e de uma multa, embora simbólica apenas, de um cruzeiro, a um cidadão que, depois de ter pretendido proclamar aos amigos e à sociedade que as crianças que está criando com o amor, a devoção e o carinho que muitos pais verdadeiros não lhe consagram, reconheça o erro com tamanha boa intenção cometido e se proponha repará-lo. Nem há necessidade de recorrer a qualquer argumentação de caráter sentimental para isentar o declarante de qualquer culpa e pena.

4. Não há delito sem antijuridicidade

Faz ver GIUSEPPE BETTIOL, **Direito Penal**, (tradução, vol. I, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1966, pág. 408) não terem as normas penais, que prevêm causas de justificação, caráter excepcional, já que se prestam para determinar a esfera normal de eficácia e as condições em que a norma penal incriminadora desempenha sua função.

São o reverso da medalha penal, o que significa serem essas normas passíveis de extensão analógica e de interpretação sistemática.

Reproduz conceitos de NOVOA MONREAL, que também considera que as causas de justificação não são unicamente as que o Código teoricamente enumera, porque a juridicidade ou antijuridicidade se resolve com todo o direito positivo, considerado como unidade. O princípio geral em torno ao qual elas estão polarizadas é o de que, no caso de conflito entre

dois interesses tutelados, o de menor relevo social deve ceder lugar ao interesse predominante.

“Este princípio, em nossa opinião, deve ser invocado para procurar resolver aquelas situações concretas que se podem apresentar em tema de justificação. Há quem considere que possa valer como princípio geral a proposição de que qualquer meio adequado à realização de um fim lícito não pode ser considerado antijurídico. Assim, de MARSICO.”

Entre nós, DÉLIO MAGALHÃES, *Causas de Exclusão de Crime*, (São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 1975), desenvolve longa e brilhantemente, a páginas 85 e segs., o tema da licitude excepcional.

Faz ver que se não há crime sem **tipicidade** e sem **culpabilidade**, não pode, de igual modo, haver crime sem **antijuridicidade**, isto é, quando o fato é praticado *secundum ius*. É a razão porque ENRICO PESSINA acentuou:

“É indubitável que não há direito contra Direito, e, por isso, desde o momento em que um ato foi querido pelo Direito, a saber, consentido ou mandado por ele, não pode constituir uma negação do Direito.”

Entre outras lições, transcreve a de FILIPPO GRAMMATICA:

“Não é, pois, a **norma permissiva negativa** a que exclui a ilicitude em tais casos, mas é, precisamente, a **falta do ilícito** na intencionalidade consciente do indivíduo, a que exclui **a priori a culpabilidade**. Certamente, no uso legítimo das armas, no exercício de um direito, no cumprimento de um dever etc., o sujeito tem a plena capacidade de entender o ato que comete e a plena capacidade de querer o dito ato. Mas, se por universal consenso não é castigado, deve-se isso, através de um exame racional do instituto, mais que à norma objetiva penal permissiva negativa, à absoluta falta de ilicitude que o determina (ou o constrange) a realizar o ato, que, de outro modo, seria considerado delito.”

Seguindo o mesmo critério, OSCAR STEVENSON, *Da Exclusão de Crime* (S. Paulo, 1941), preleciona:

“Lícitas excepcionalmente quando reúnem os extremos subjetivos e objetivos do crime definido em um preceito, porém, são excluídas da incriminação por força de preceito negativo daquele. Não obstante subsista a materialidade do fato não se pode figurá-lo como delito, devido a determinadas circunstâncias contempladas no preceito ou norma contingente que restringe a generalidade dos casos.

Fica dispensada a obrigação contida no preceito geral, paralisando-se-lhe a eficácia. Dentro da regra — **id quod plerumque accidit** — o fato, justando-se ao esquema legal, assume o perfil de ilícito,

mas por exceção torna-se lícito. Em suma, na ilicitude excepcional o fato deixa de ser crime por não produzir o ilícito formal, dada a suspensão do respectivo preceito de fazer ou não fazer. Como exemplos típicos, os fatos que impedem o aparecimento do ente jurídico delito, praticados em estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.”

ALIPIO SILVEIRA dedica 14 páginas (274-287) de sua consagrada obra já citada, a um dos conceitos fundamentais do moderno *Direito Penal*, o da antijuridicidade objetiva, abordando especificamente a falsidade ideológica em registros de nascimento.

Acentua ser a culpabilidade o nexos pessoal por dolo ou culpa entre o ato e o autor.

“A tipicidade, além de ter função predominantemente descritiva relaciona-se com a antijuridicidade, por concretizá-la no âmbito penal; e tem, ademais, função indiciária da existência de antijuridicidade nos casos concretos.”

Significa a última proposição que, mesmo quando se trate de ação típica, pode sua suposta criminalidade ser excluída pelas circunstâncias, como ocorre no caso das eximentes e justificativas penais: legítima defesa, estado de necessidade etc.

Aponta então a questão que considera o divisor de águas das duas correntes de opinião sobre a antijuridicidade:

“Deverá essa exclusão limitar-se aos casos de eximentes e justificativas expressamente estabelecidas pela lei (antijuridicidade formal), ou poderá ser feita sempre que o sentimento do direito afetado pelas “normas de cultura ou um critério semelhante o exigir?”

Invocando a orientação de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, que reputa tais soluções como possíveis dentro de qualquer Código Penal, por mais exigente que se queira ser em relação ao princípio da legalidade, e que constantemente se tem manifestado contra o direito livre *contra legem*, faz ver que as normas jurídicas penais têm um “telos”, uma finalidade, que não é um elemento extrínseco à norma, mas é a atitude, o sentido que essa mesma norma assume. Vê nesse motivo o fato de a antijuridicidade ter um conteúdo concreto, devendo ser examinada sob a fisionomia que o fato material apresenta, necessidade essa que encontra sua melhor demonstração na vitoriosa irrupção de novas causas de justificação, ao lado das expressamente previstas pela lei.

“Uma nova causa de justificação poderá, até, não ser suspeitada pelo legislador no momento em que elaborou a norma, já que ela pode surgir depois que a norma foi emitida pelo legislador e

assumiu vida própria. De fato, o moderno hermenêuta investiga, não a vontade do legislador considerado como pessoa física, mas a vontade da lei, de caráter objetivo, e para cuja determinação concorrem os princípios jurídicos, aliados à interpretação sistemática e teleológica. Neste passo transluz a forma de HAURIUO, do predomínio do espírito sobre a letra, quando, pelo exame do espírito da lei, se revela que o ato, incriminável pela letra do Código, resulta lícito em face do espírito da norma. E, como se trata de uma aplicação do princípio de benignidade, não pode deixar de ser acolhida pelo juiz penal.”

Acentua deverem as exigências da justiça ter o predomínio sobre as considerações formalistas em matéria de antijuridicidade, a esse critério objetivo devendo o juiz penal recorrer para excluir, no caso concreto, delito, quando entre a previsão legislativa que tipifica uma determinada conduta, e a valoração ético-social do fato *sub judice*, surge uma desarmonia ou contraste.

Localiza apoio legal a estas considerações no art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil extensiva, aliás, à esfera do Direito Penal, ao estabelecer que, na aplicação da lei, terá o juiz em vista os fins sociais a que ela se destina e as exigências do bem comum. Os elementos fundamentais do bem comum, segundo SÃO TOMAZ DE AQUINO, são a idéia de justiça e a utilidade comum.

Reproduz os conceitos de SALGADO MARTINS (“Sistema de Direito Penal Brasileiro”, Rio, Konfino, vol. I, 1957, pág. 172), demonstrando como no exame de injuridicidade sobressai a importância da “valorização” judicial:

“Para se concluir pela ilicitude de um fato, não basta verificar se ele corresponde exatamente à descrição objetiva da lei penal. É necessário submetê-lo a um juízo de valor, verificando-se se ele é ou não conforme os fins perseguidos pelo direito, através da norma penal. O pleno sentido da norma penal se constitui em função de totalidade do sistema jurídico. O ilícito não é apenas o contrário à norma de caráter penal, mas o contrário ao direito, compreendido na plenitude dos princípios constantes do sistema jurídico vigente.

A valorização da injuridicidade se realiza do ponto de vista objetivo, tomando-se como referência o conjunto do direito positivo e os princípios morais que o informam. Apesar da descrição da lei penal, pode haver uma causa justa que afaste a injuridicidade, ainda que não prevista na lei, como causa justificativa.”

Refere o caso ocorrido na Espanha de uma jovem solteira que, desejando ardentemente uma criança, obteve uma enjeitada recém-nascida que registrou como própria. Processada e condenada, foi depois indultada pelo governo.

Sustenta JIMÉNEZ DE ASÚA que mesmo dentro da técnica penal, devia ser absolvida, pois, embora típico (isto é, descrito na lei penal), o fato não era antijurídico, pois estava de acordo com as “normas de cultura”, como o evidenciava o fato de que todas as pessoas que assistiram ao julgamento faziam considerações favoráveis a esta mulher, dotada de sentimentos materiais pouco comuns e que, longe de haver cometido um ato delituoso, demonstrou, por sua conduta, a heroicidade de afrontar a crítica de ser mãe solteira e de cuidar e de educar com seu trabalho, uma criatura fadada ao abandono e à morte nos deficientíssimos orfanatos da Espanha de então.

“Como encaixa ASÚA essa solução nos termos da lei penal? Partindo do conceito presumido de delito. Este, por ser uma espécie de injustiça, supõe, como caráter essencial, a antijuridicidade material; assim, podem ser excluídas da criminalidade as situações que, destruindo o caráter antijurídico do ato, aniquilam a existência de crime no caso concreto. Isto será, em face do Código Penal, uma interpretação lógico-sistemática do seu artigo 1º (princípio da legalidade dos delitos e das penas), com resultado restritivo. Em outras palavras, o juiz, no caso concreto, reconhece a inexistência de antijuridicidade material, que é um dos elementos essenciais do delito, e assim nega que o ato em tela seja delito.”

Adita a lição de J. VIGGIANO MARRA (“Es delito la alteración altruista del estado civil?” — *La Ley*, Buenos Aires, 3-12-1964), chegando à conclusão de que o direito argentino, interpretado com justiça e humanidade, conduz à não incriminação.

5. Providências a serem tomadas para legalizar a situação

Registrando como filhos legítimos crianças providas de outras pessoas, o ato estará a qualquer momento sujeito a um cancelamento, como inválido, para ser substituído pela filiação verdadeira.

Apesar das nobres intenções, ato simulado é contrário à lei, e, portanto, anulável.

Qual o melhor caminho para remediar o erro cometido?

Encarece FRANCESCO CARNELUTTI, em sua citada monografia (página 76), que, quando, não obstante os meios preventivos adotados pelo direito, a falsificação ocorreu, cumpre eliminá-la.

Levando em conta que o objeto do falso é uma prova, aponta os dois modos pelos quais possa ser alcançada a sua eliminação:

a) **Eliminação direta** que se alcança substituindo ao estado de fato decorrente da falsificação o estado de fato verdadeiro; e assim com a re-

constituição daquilo que foi suprimido, com a redução ao estado anterior daquilo que foi alterado ou com a destruição daquilo que foi contrafeito.

b) **Eliminação indireta** que opera, antes que no campo físico, no intelectual, de dois modos:

- 1 — mediante a declaração da falsidade da prova;
- 2 — mediante a criação de uma contraprova, isto é, de uma prova apta a paralisar a eficácia da prova falsa; também sob este reflexo a eliminação pode ser mais ou menos eficaz na conformidade da eficácia, da qual a contraprova seja adotada.

Mas ainda que se pretendesse vislumbrar, em ato tão generoso, uma figura delituosa, não há como deixar de reconhecer a ausência do elemento indispensável do dolo específico.

Refere ANTOLISEI que a maioria dos autores exclui o elemento dolo como subjetivo do delito em várias hipóteses, como na daquele que fabrica uma ordem de autoridade para enganar ou pregar uma peça em alguém, no dia primeiro de abril, ou na do indivíduo que imita, falsificando, a firma de outrem, para demonstrar a sua habilidade caligráfica.

Se em tais hipóteses era afastada a punibilidade, justamente pela falta do elemento subjetivo integrante do delito, como conciliar-se — pergunta o tratadista — tal ponto de vista com o princípio que proclama a existência do dolo com a simples consciência da falsidade?

A rigor, as providências a tomar seriam duas: a) retificação do registro de nascimento, em segredo de justiça, a fim de que fique constando que, na verdade, as crianças são filhas de pais desconhecidos; b) pedido de legitimação adotiva das mesmas.

Quanto à primeira, NOÉ AZEVEDO, no aludido parecer relativo a um **magistrado** que também, levado por sentimentos humanitários, registrou como filho legítimo um menor abandonado e pretendeu restaurar a situação real, considera que a hipótese não é de cancelamento, mas de retificação de registro, devendo-se nomear curador especial que represente o menor, além de oficial o Ministério Público.

Adaptada sua lição aos textos vigentes, soaria:

O art. 109 da Lei nº 6.015, de 31-12-1973, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências, declara que quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

“As partes interessadas, aqui, são, evidentemente, o autor do registro não correspondente à verdade e o menor que, por ele,

teria adquirido a condição de filho. Assim, para que se apresentem perante o juiz as duas partes interessadas, torna-se indispensável a nomeação de curador especial ao menor. Quando há contradição entre os interesses do pai e do filho, deve ser nomeado curador especial a este, nos termos do art. 387 do Código Civil. Não deixando dúvida alguma a prova a ser produzida na justificação requerida administrativamente de que o menor não é filho do magistrado que como tal o declarou, e sim de outros pais ou de pais desconhecidos, far-se-á nesse sentido a retificação. Se, entretanto, surgisse alguma questão a respeito dessa filiação, deveria a mesma ser resolvida em processo contencioso, nos termos do art. 121" (art. 113 da atual Lei nº 6.015).

Embora lhe parecesse a princípio que o assunto poderia ser resolvido pela ação declaratória, de acordo com o art. 2º do Código de Processo Civil, chegou à conclusão, em face do que dispõe o regulamento do registro civil, que a retificação não contestada pode ser determinada administrativamente, remetendo-se, porém, para a via contenciosa, na hipótese de surgir contestação.

Atente-se a que, de acordo com o art. 109, § 4º, da Lei dos Registros Públicos, julgado procedente o pedido, o juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado ou retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

Finalmente, não se trata de questão de filiação legítima ou ilegítima, que o art. 113 determina sejam decididos em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.

Na verdade, a tendência hoje em dia, seguida pelo Juizado de Menores da Capital de São Paulo, é, no próprio pedido de adoção ou de legitimação adotiva, deferir o cancelamento do registro falso, a fim de possibilitar o correto, com os dados certos, sem cogitar de qualquer punição a quem reconhece o erro e procura corrigi-lo. Lamenta-se apenas que, justamente em receio a medidas repressivas, centenas de situações semelhantes não sejam sanadas.

Caso satisfaçam os interessados as condições exigidas pela lei, poderão, através da legitimação adotiva, criar aquele vínculo de caráter irrevogável que objetivaram através do registro, garantindo, por essa forma, a sucessão, sendo improvável que venha sobrevir filho legítimo para privá-los em parte de sua legítima, podendo ainda virem a ser contemplados em testamento.

Tornarão definitiva a aquisição do seu patronímico em cuja família, mediante concordância dos pais dos legitimantes, se integrarão completa e definitivamente, estabelecendo, ou melhor, restabelecendo, reafirmando, confirmando, convalidando, aquela relação paterno-filial que já haviam cimentado através do decurso do tempo, e de um expediente que, se o direito

não aprova, não deixa de reconhecer como sendo praticado por um número muito grande de pessoas, que não cuidam de restabelecer a verdade, justamente por temerem as conseqüências de ordem penal.

Ficarão, outrossim, cabalmente preenchidas as altas finalidades objetivadas pelo legislador: integração definitiva das crianças num lar bem formado; eliminação de quaisquer perigos de sobressaltos ou percalços no que diz respeito a direitos hereditários; processamento em segredo de justiça, e, principalmente, cancelando o registro anterior, o que por si só liberta e isenta, como conseqüência lógica e natural da aprovação da lei, o casal de qualquer represália punitiva.

A simples análise da jurisprudência revela que não se pode mais imaginar, nos dias de hoje, um juiz ou tribunal aceitando a tese da condenação. Da evolução da legislação positiva, resulta mesmo, o reconhecimento de que, não havendo dolo, mas ao contrário, a expressão de um alto sentido espiritual e moral, o juiz está autorizado a não cominar pena alguma.

Como divisar antijuridicidade num gesto de tão luminoso desprendimento?

Em última análise, colabora com o poder público na realização silenciosa do postulado constitucional da assistência à infância.

Um computador eletrônico, diante dos textos do atual Código Penal, e jejuno das fichas da jurisprudência, possivelmente emitiria um cupão condenatório.

Mas o caso há de ser decidido por seres humanos, não por mecanismos insensíveis, por mais sofisticados que sejam.

E não haverá ser humano em cujo peito se abrigue aquela "morada da vida", no dizer de KRISHNAMURTI, que seja capaz de sentenciar com tanta frialdade.

Do contrário, não afirmaria RUI BARBOSA, com esplendor, que o coração "é o órgão da fé, o órgão da esperança, o órgão do ideal. Vê, por isso, com os olhos da alma o que não vêem os do corpo. Vê ao longe, vê na ausência, vê no universal, e até no infinito vê. Onde pára o cérebro de ver, outorgou-lhe o Senhor que ainda veja; e não se sabe até onde. "Até onde chegam as vibrações do sentimento, até onde se perdem os surtos da poesia".

Não existe caso para o qual melhor se aplique o mandamento constante do decálogo de EDUARDO COUTURE: defende o Direito. Mas se o Direito for contra a Justiça, defende a Justiça!

Uma sentença condenatória — não seria verdadeiro delito de lesa-humanidade?

Aplicação do princípio da ampla defesa no procedimento administrativo disciplinar

RUBEM RODRIGUES NOGUEIRA

Professor na Faculdade de Direito da Universidade
Católica da Bahia.

1. Direito disciplinar e opinião doutrinária parecem acordes quanto à necessidade de garantir-se a defesa do acusado. A chamada “tendência de jurisdicionalização” no procedimento administrativo disciplinar implica, entre outras coisas, um *contraditório moderado*.

Mas o contraditório, mesmo temperado, está a indicar o cabimento da citação do acusado *antes* e não *depois* de concluída a instrução. É preferível, por mais democrática e mais concorde com a orientação jurisdicionalizante — diz um especialista —, fazer-se a citação antes de iniciada a instrução. (Carlos S. de Barros Júnior, “Do Poder Disciplinar na Administração Pública”, RT, 1972 — pág. 172). Em essência, não há diversidade entre o processo judicial e o administrativo, não sendo este mais do que uma espécie do processo em geral, conforme a observação de

Trabalho aprovado no III Encontro Nacional de Procuradores Municipais — Blumenau, julho de 1976.

JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO. Tanto quanto o judicial, o processo administrativo, diz ele, tem por conteúdo a proteção do Direito, sua finalidade é a atuação concreta da vontade da lei, seu condicionamento é predominantemente jurídico. (Cf. **JOSÉ MARIA VILLAR Y ROMERO**, "Derecho Procesal Administrativo", Madrid, 1944, págs. 13 e segs.)

O art. 105, II, da Constituição Federal só permite a demissão do funcionário estável, precedendo processo administrativo, em que se lhe assegure "ampla defesa". Ficou aí, pois, consagrado o princípio inviolável da *ampla defesa* que o art. 153, § 15, assegura a todo acusado.

Afinal, como judiciosamente afirma **TEMÍSTOCLES CAVALCANTI**, "O importante, neste particular, é a proteção dos direitos do acusado, tão merecedor de amparo quanto os das instituições, do patrimônio público e dos interesses da sociedade e do serviço público". (In "Direito e Processo Disciplinar", Fundação Getúlio Vargas, s/d, pág. 196.)

A nova Constituição da República Portuguesa, promulgada a 2 de abril de 1976, avançou mais ainda, inscrevendo no seu texto essa garantia explicitamente a favor do funcionário, quando dispõe, no Título IX (Administração Pública), art. 270 (Regime da função pública), nº 3, o seguinte: "*Em processo disciplinar são garantidas ao arguido a sua audiência e defesa*".

2. Em geral, as leis estatutárias brasileiras, quer da União ou dos Estados e Municípios, prescrevem a citação do acusado após o encerramento da instrução, para que ofereça a sua defesa, abrindo-se-lhe daí em diante o ensejo de examinar o processo na repartição e requerer "diligências imprescindíveis" (art. 222 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).

Assim sendo, o acusado não é inicialmente ouvido, as provas são colhidas pela Comissão de Inquérito na sua ausência, não tendo ele a oportunidade de contraditar testemunhas ou reinquiri-las, nem de formular quesitos em perícias promovidas nessa primeira fase.

Como conciliar tudo isso com a "ampla defesa" constitucionalmente estabelecida? Cabe a esta altura ter bem presentes as seguintes palavras de **TEMÍSTOCLES CAVALCANTI**:

"O assunto é digno de maior exame porque em franco desenvolvimento doutrinário e legislativo verifica-se uma evolução

do direito disciplinar quanto ao processo no sentido de reduzir-se cada vez mais o arbítrio da autoridade administrativa, substituindo-se esta feição discricionária por um processo de apuração de falta, depois de debate contraditório e plena defesa do acusado." (Cf. "Direito e Processo Disciplinar" cit., pág. 185.)

Depois, cumpre não perder de vista a circunstância relevante de que a própria Administração executa as penas disciplinares legalmente instituídas.

3. Quando o direito natural diz que "ninguém pode ser condenado sem ser ouvido", implicitamente está prescrevendo a precedência da audição do acusado a qualquer espécie de imputação suscetível de produzir pena.

Admite-se que a Administração Pública faça sindicância sem ouvir o indiciado, mas a partir do momento em que formula uma acusação específica com apoio nas informações colhidas, isto é, uma vez instaurado o procedimento Administrativo, com base no qual uma pena disciplinar será ou não aplicada a um funcionário determinado, este deve ser citado para fazer o que lhe pareça útil à sua defesa. A defesa não será eficazmente produzida, ou pelo menos corre o risco de não o ser, desde que ao funcionário se subtraia o direito de conhecer liminarmente a acusação formulada e acompanhar a produção de provas, reperguntar testemunhas ou contraditá-las, pedir diligências, requerer perícias, com vistas à sustentação de sua inocência. Isso é uma coisa, e outra, muito diferente, entrar o acusado num procedimento já *cheio* por iniciativa unilateral da Administração.

4. O debate contraditório e a plena defesa do acusado inspiram a necessidade de colocar o processo administrativo disciplinar, quanto a isso, o mais próximo possível do processo penal.

Um procedimento administrativo acessível ao indiciado desde a sua abertura, torna-lo-á, além disso, mais imune aos efeitos do controle judicial que agora não fica contido só nos limites restritos do conceito de legalidade formal da conduta da Administração, mas interfere mais profundamente, alcançando o mérito do ato examinado, a fim de apurar *se este se acha ou não calcado em provas*. Faz pouco tempo, com efeito, o Supremo Tribunal Federal (Pleno), em grau de embargos, firmou o entendimento de que, no exame da legalidade do ato administrativo, *pode o judiciário verificar se há provas não só do ilícito residual, como*

da ilicitude do ato atribuído ao funcionário como causa da demissão. (Emb. ao Rec. Extraord. nº 68.780-GB, ac. de 3-VI-71, in RTJ, 67/117.)

Com abundância de fundamentos jurídicos, defende o Prof. Sergio de Andrea Ferreira a necessidade de ser o procedimento disciplinar contraditório desde sua fase instrutória, sob pena de violação da garantia constitucional da “ampla defesa”, que se estende não só ao processo penal mas também ao parlamentar e administrativo. (Cf. SERGIO ANDREA FERREIRA, “A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar”, in *Revista de Direito Público*, vol. 19, págs. 60-68.)

Na própria fase inquisitorial, a saber, na *sindicância*, tem-se admitido o cabimento do respeito ao princípio da ampla defesa com a audiência do funcionário. Haja vista o acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal (Pleno, aos 11 de maio de 1952, no RMS nº 1.664, do Distrito Federal, relatado pelo Ministro Luiz Gallotti. O funcionário, um médico (Dr. Nelson Maciel Pinheiro), fora punido, por meios sumários, com uma suspensão por 15 dias, sem prévia audiência. Impetrou e obteve mandado de segurança contra a punição. O STF decidiu então que, *por mais sumária que seja a apuração da falta, é necessário ouvir o funcionário antes da imposição da pena.*

Comentando essa decisão, o Prof. CAIO TÁCITO diz, entre outras coisas:

“O Poder disciplinar representa o equilíbrio entre a manutenção da moralidade e eficiência do serviço público e a proteção do indivíduo contra a prepotência administrativa. A ordem jurídica ao mesmo tempo que alarga a discricção do administrador na verificação das faltas e sua repressão disciplinar, cristaliza, na segurança da audiência do acusado, a diretriz de individualização das sanções administrativas.”

Segundo o eminente mestre, é livre a apuração de irregularidades *por meios sumários*, fora das hipóteses taxativas de inquérito administrativo, não se enquadrando as sindicâncias no rito do processo administrativo. Mas ainda aí entende caber a audiência do funcionário, que *é essencial ao exercício do direito de defesa*, e cuja realização se fará com maior ou menor ênfase, conforme a gravidade e as circunstâncias do caso. (Cf. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 37/345, comentário intitulado “Poder Disciplinar e Direito de Defesa”.)

5. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União manda que seja *citado* o indiciado, depois de finda a *instrução*, a fim de apresentar defesa, etc. Usa aí o legislador estatutário dois vocábulos que no campo do Direito têm significação estritamente jurídica: *citação e instrução*, não sendo admissível que os tomasse noutra qualquer sentido que não o técnico. Citação, define-a o clássico João Mendes de Almeida Júnior, “é o chamamento de alguém a Juízo para ver-se-lhe propor a ação e para todos os atos e termos da ação até final sentença e sua execução”. (“Direito Judiciário Brasileiro” 3ª ed., 1940 págs. 355-6. Grifos do texto transcrito.) O novo Código de Processo Civil, no art. 213, diz que “citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”. A *instrução* e a *formação da prova* em que o juiz deve apoiar a sua convicção, conforme se infere do ensinamento de PEDRO BATISTA MARTINS ao comentar o art. 39, § 2º, do Código de Processo Civil anterior, segundo o qual o Juiz não podia entrar em gozo de férias enquanto pendesse de julgamento causa cuja instrução tivesse iniciado em audiência. Na esfera administrativa é substancialmente idêntico o conceito. “Onde há processo há *instrução*, no sentido de esclarecimento da verdade jurídica”, diz MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, esclarecendo a seguir: “Também no processo administrativo, tudo quanto se promove com a intenção de esclarecer, documentar ou provar, é instrução na expressão genérica de conceito processual.” (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, “Introdução à Teoria da Prova Administrativa”, in *Revista de Direito Público*, nº 21, pág. 39.)

Assim sendo, no processo administrativo disciplinar vigente invertem-se os dados do problema, pois a citação do indiciado não antecede a instrução, porém a ela se segue, a saber, vem depois de findo o período de provas feitas pela Comissão de Inquérito, depois de ultimadas as diligências por ela encaminhadas, quando, enfim, já terminou a fase instrutiva do processo, Mas a *citação*, segundo o seu conceito jurídico, confere ao indiciado o direito de acompanhar *todos os atos e termos* do processo disciplinar, de maneira que chegar a este depois de “ultimada a instrução”, não é participar dele em condições de satisfazer o requisito constitucional da ampla defesa. Citar o acusado, quando já está finda a instrução, quer dizer que o Estatuto considera esclarecida a verdade com a prova até ali colhida pela Comissão investigadora.

6. Na lição de AGUSTIN A. GORDILLO, aplica-se com um critério ampliativo, no procedimento administrativo, o princípio constitucional da defesa judicial. Este princípio recebe da Constituição um caráter fundamentalmente axiológico, tem a natureza de um princípio geral do

Direito, impregnado da essência mesma do Direito. O administrativista portenho, com apoio na doutrina norte-americana (HART, "An Introduction to Administrative Law"; SCHWARTZ, "Procedural Due Process in Federal Administrative Law") mostra como se dá a sua aplicação no procedimento administrativo dos Estados Unidos, por força do disposto na Emenda XIV da Constituição acerca do "due process of law", assim como na Argentina (art. 29 da Constituição) mesmo a organismos públicos não estatais (a Federação Argentina de Boxe, p. ex.).

Invocando o aforismo jurídico "melius est intacta jura servare, quam vulneratae causae remedium quaerere" ("Melhor é conservar intactos os direitos, que depois de violados procurar remédios", segundo a tradução de Artur Rezende in "Frases e Curiosidades Latinas", 3.^a ed., Rio, 1936, pág. 405), GORDILLO insiste em que essa garantia deve ser respeitada *antes* (grifo seu) de tomar-se a decisão que pode afetar os direitos do indivíduo, "o que confere maior eficácia e economia processual a todo o procedimento administrativo". Um dos vários aspectos que essa garantia compreende é o do *direito a controlar a produção da prova feita pela administração*, seja ela pericial ou testemunhal. Toda decisão, diz ele, suscetível de afetar os direitos ou o interesse de uma pessoa deve ser ditada havendo-se ouvido *previamente* a pessoa alcançada pelo ato. (Grifo do texto) (AUGUSTIN A. GORDILLO, "La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo", in *Revista de Derecho Público*, nº 10/16-24.)

A anterioridade a que se refere o ilustre catedrático da Faculdade de Direito de Buenos Aires exprime irrecusavelmente a necessidade de o funcionário acompanhar os trabalhos da Comissão de Inquérito desde a sua instalação, sob pena de se transgredir o princípio constitucional da ampla defesa. "A violação da garantia da defesa é para nós um dos principais vícios em que se pode incorrer no procedimento administrativo e, também, um dos vícios mais importantes do ato administrativo que em consequência dele se edite". (AUGUSTIN A. GORDILLO, ob. e loc. cit.)

A Constituição vigente, reproduzindo garantia já consignada na anterior, prescreve no art. 153, § 15, que a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. "O direito de defesa", como escreve um dos comentadores do texto citado, "é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer a sua inocência quando injustamente acusado". (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição

Brasileira”, vol. 3, 1975, pág. 104). Na vigorosa expressão de PONTES DE MIRANDA, a *defesa* é o exercício da *pretensão à tutela jurídica*, por parte do acusado. O Estado — no texto constitucional — prometeu-a, tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outro órgão estatal, de cumprir a sua promessa. (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969”, vol. V, pág. 234.) “Qualquer outro órgão estatal deve cumprir a promessa da *tutela jurídica* ao acusado, afirma o intérprete. Portanto, a Comissão de Inquérito está nesse caso, omo órgão instituído pela Administração para apurar falta cometida pelo funcionário em suas relações com o serviço público e sugerir, afinal, o arquivamento do inquérito ou a punição do acusado.

O texto constitucional não distingue entre acusados, não limita nem restringe a extensão do vocábulo. Fala de *acusado*, genericamente. Razão por que o seu grande intérprete, PONTES DE MIRANDA, afirma com a sua reconhecida autoridade, que a *defesa* a que alude o § 15 do art. 153 é a defesa em que há *acusado*; portanto, a defesa em processo *penal*, ou em processo *fiscal-penal*, ou *administrativo*, ou *policial* (grifos do texto citado).

Tanto assim é, que o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711/52), por sua vez, no art. 217, assegura *ao acusado ampla defesa*, embora caia em contradição, logo adiante, quando manda citá-lo só depois de “últimada a instrução”, pois para ser coerente com a “*ampla defesa*” que diz assegurar ao acusado, deveria também garantir a presença deste em todos os atos do procedimento administrativo disciplinar, a partir do início das atividades da Comissão investigadora.

7. Por tudo isso, é de estranhar, *data venia*, o ponto de vista adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que o preceito do art. 153, § 15, da Constituição Federal cogita do *princípio universal da ampla defesa na esfera penal* apenas. (Cf. Ac. un. de 14-IV-72, da Primeira Turma, no RE nº 73.296-SP, Relator o Ministro Djaci Falcão, in “Revista de Direito Administrativo” vol. 111/133. Decisão análoga foi proferida pela Segunda Turma, ac. un. de 24-11-72, no RE nº 67.040-GB, Relator o Ministro Eloy da Rocha, in “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol. 67/108).

A Constituição assegura a *ampla defesa* em vários casos, fora da esfera estritamente penal, como, por exemplo, no do funcionário estável e dos membros do Ministério Público, como proteção contra demissões ar-

bitrárias (arts. 105, II, e 95, § 1º, respectivamente), além de outras apontados pelo Prof. SERGIO DE ANDREA FERREIRA. Este eminente administrativista observa, com toda justeza, que “é a própria Constituição que se incumbe de mostrar que sempre que haja acusado, há ampla defesa”.

No particular, muito mais em harmonia com a essência da *mens Constitutionis* do que certos acórdãos do Eg. STF é a orientação adotada pelo DASP, em parecer publicado no DOU de 12-7-1949 *in verbis*: *A ampla defesa assegurada na Constituição só se pode compreender como oportunidade livre e desembaraçadamente concedida ao servidor de acompanhar todas as fases do processo, pessoalmente ou por procurador devidamente habilitado.*

A instrução não constitui fase pré-processual, mas integrante do procedimento administrativo disciplinar, não ficando por isto mesmo isenta da necessidade de observar o princípio constitucional do *contraditório* e da *ampla defesa*. A sindicância preliminar, no dizer do Prof. SERGIO ANDREA FERREIRA, como o inquérito policial, é que tem natureza inquisitória e por isso, numa fase pré-processual, colhe prova provisória que servirá ou não de elemento para a instrução. (*in* “A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo”, cit., RDP, 19/60.)

Imputar a um funcionário a prática de ilícito administrativo, mediante a instauração de procedimento administrativo disciplinar, cuja instrução, no entanto, começa e chega ao fim sem a todos os atos respectivos estar presente o acusado, não cremos que seja assegurar, mas antes golpear profundamente o princípio da *ampla defesa*, pela Contituição, sem reserva alguma, garantido a todo acusado.

A opinião dos doutores a esse respeito é concordante. Tribunais estaduais e o TFR têm proferido várias decisões em perfeita consonância com essa linha de pensamento. É uma pena que não possamos alinhar, ao lado deles, o Egrégio Supremo Tribunal Federal que, em acórdãos dos últimos tempos, sufragou uma interpretação em completa desarmonia com a doutrina e com o acórdão de 1952 a que há pouco nos referimos.

A conclusão a que chegamos é no sentido de que a legislação estatutária deve ajustar-se melhor ao preceito constitucional garantidor da plena defesa do acusado no procedimento administrativo disciplinar, tendo-se em conta o largo entendimento desse preceito já firmado pela doutrina — fonte material do Direito.

Julgamento do processo administrativo disciplinar

VENERO CAETANO DA FONSECA

Professor titular de Direito Administrativo nas
Faculdades de Direito de Divinópolis e Sete
Lagoas — Minas Gerais.

A amplitude de defesa no processo administrativo disciplinar decorre de garantia constitucional (art. 153, § 15), conforme, inclusive, manifestação do Eg. Supremo Tribunal Federal (Ag. 60.448 — DJ de 27-9-74, fls. 7.014).

A autoridade julgadora tem interesse em preservar a amplitude de defesa do acusado, ainda que seja, apenas, para evitar a possibilidade de futuro anu-
lamento do processo.

2) Entretanto, o próprio julgador pode ser levado — por insuficiência no relatório, informações ou pareceres — a concorrer para a subsequente anulação do processo, ao deixar de considerar argumentos que, embora alegados, ficam desconhecidos, com prejuízo à plenitude de defesa, reduzida a um monólogo, quanto à parte ignorada na formulação do julgamento.

3) A inconsideração ou marginalização de aspectos da defesa — podendo gerar a invalidade do processo — será evitável com o aproveitamento, na estrutura da decisão, de indicações constantes do art. 381 do Código de Processo Penal:

“Art. 381 — A sentença conterà:

I — os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II — A EXPOSIÇÃO SUCINTA DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA;

III — A INDICAÇÃO DOS MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO EM QUE SE FUNDA A DECISÃO;

IV — A INDICAÇÃO DOS ARTIGOS DE LEI APLICADOS;

V — o dispositivo;

VI — a data e a assinatura do juiz (os grifos não são do original).

4) O art. 225 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28-10-52) só diz que

“Recebido o processo, a autoridade proferirá a decisão no prazo de 20 dias.”

O Estatuto não regula a forma de decisão do processo administrativo, sendo aí aplicável, portanto, as disposições do Código de Processo Penal, conforme entendimento do Eg. Tribunal Federal de Recursos:

“O Estatuto dos Funcionários (art. 222, § 2º), prevendo a citação edital, não regula a sua forma, pelo que são aplicáveis as disposições do Código de Processo Penal.” (AC. 33.358-RJ — D.J. de 10-9-75, fls. 6.449.)

5) Perfeito o citado entendimento do Eg. Tribunal Federal de Recursos, dizendo aplicável o processo penal no processo administrativo disciplinar,

quando houver, no Estatuto, omissão ou imprevisão regulamentar, uma vez que o julgamento do processo é um ato administrativo materialmente jurisdicional, de acordo com o duto pronunciamento do Ministro Bilac Pinto, referindo-se ao “Estatuto dos Funcionários” anterior (Lei nº 1.713, de 28-10-39), do qual o Estatuto em vigor é uma reprodução quase idêntica:

“O julgamento dos processos administrativos, previstos nos arts. 246 e seguintes do Estatuto dos Funcionários Públicos, constitui ato administrativo materialmente jurisdicional, ou seja, ato de administração indireta ou mediata. O procedimento administrativo, na espécie, obedece aos ritos tradicionais do procedimento judiciário, quer no que concerne ao início do processo, à comissão julgadora, à citação pessoal (art. 254), à citação edital (art. 254, parágrafo único), à revelia e à designação de defensor *ex officio* (art. 255), quer, afinal, quando conceitua o ato administrativo final como de julgamento do processo (art. 256), nestes termos:

“Art. 256 — Apresentada a defesa, será o processo julgado, pela autoridade que determinou a sua instauração, dentro do prazo, improrrogável, de 20 dias, sob pena de responsabilidade.”

Quando escaparem à alçada da autoridade julgadora as penalidades cabíveis, esta propô-las-á, dentro do prazo marcado para julgamento, à autoridade competente (art. 257). Nesta hipótese, diz a lei que o prazo para o julgamento final será de 15 dias improrrogáveis (parágrafo único do art. 257).

Os dispositivos legais citados e outros que completam o processo administrativo revelam a natureza jurisdicional da decisão proferida como **julgamento final.**” (Os grifos não são do original) — (“Estudos de Direito Público” — Ed. Rev. Forense — 1953, págs. 307/308).

6) Os dispositivos estatutários acima referidos correspondem, respectivamente, aos arts. 217, 222, 222, § 2º, 223, 225 e 227 do Estatuto atual (Lei nº 1.711, de 28-10-52).

7) José Eduardo Pizarro Drumond, na sua monografia — “Da Decisão disciplinar e sua Natureza Jurídica”, editada sob os auspícios do DASP em 1950, pelo Departamento de Imprensa Nacional, Publicação Avulsa nº 341, conclui também

“que a decisão disciplinar é um ato emanado de uma autoridade administrativa no exercício de função materialmente jurisdicional.” (Página 32.)

8) Seabra Fagundes ensina que

“O ato jurisdicional, que se denomina especificamente sentença, é aquele através do qual o Estado define e determina situações jurídicas individuais com o fim de remover, pela definitiva interpretação do direito, conflito surgido, a propósito da sua aplicação.

Este conceito decorre naturalmente do da função jurisdicional. A sentença contém dois elementos inseparavelmente ligados: a constatação da controvérsia e a sua solução ou decisão. Na falta de qualquer um deles, não existirá o ato jurisdicional. A constatação do conflito sem a decisão nada exprime. Como observa Gabino Fraga, qualquer particular poderia fazê-la não sendo ela, em si mesma, ato peculiar do Estado. No ato jurisdicional, ela se explica pelo seu objetivo: constatar o conflito para resolvê-lo. A decisão, considerada insuladamente, seria uma operação ilógica. Só se compreende a solução daquilo que antes se haja posto como elemento de uma constatação. Assim, a decisão vem resolver a situação contenciosa previamente constatada removendo-a.” (“O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário” — 4.^a ed. Forense — 1967 — págs. 88/90.) (Os grifos não são do original.)

9) Vicente Ferrer Correia Lima, na sua monografia “Julgamento do Processo Administrativo” — publicada pelo DASP, em 1970 — “3 monografias” — pág. 90, traz à colação Ary de Azevedo Franco:

“A motivação da sentença condenatória, nos termos do art. 381 do Código de Processo Penal, é formalidade essencial, pois o poder discricionário conferido ao juiz pelo art. 42 do Código Penal, para aplicação da pena, não ilimitado ou absoluto, mas regulado pelo mesmo artigo, é controlado pela exigência daquela motivação. Na ausência daquela motivação, anula-se a sentença, para que o juiz observe os dispositivos legais que regulam os seus poderes funcionais. Assim tem entendido o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (hoje Estado da Guanabara) como se poderá ver dos Acórdãos proferidos em diversas apelações criminais, in *Jurisprudência da Imprensa Nacional*, vol. 10, pág. 180.” (Comentários ao Código de Processo Penal — art. 387)

10) Assim sendo, e considerando que devem prevalecer as disposições do Código de Processo Penal — conforme decisão do Eg. Tribunal Federal de Recursos, acima transcrita (item nº 4) — AC 33.358-RJ — DJ de 10-9-75,

fls. 6.449 — por inexistir, no Estatuto, regulamentação para julgamento do processo administrativo —, não se justifica o vazo de contrariar-se o art. 381 do referido Código, omitindo-se, na correspondente decisão do processo administrativo, “a exposição sucinta da acusação e da defesa.”

11) Referida omissão — que pode prejudicar a fidelidade do julgamento e ocasionar a nulidade do processo — vem se tornando comum, sendo constável, por exemplos, no “Manual de Serviço do Departamento de Pessoal do Ministério da Fazenda” — ed. 1973, pág. 249, e no livro de Armando Pereira — “Prática de Processo Administrativo” — 2ª ed. FGV, págs. 204/205.

12) A punição disciplinar deve ser precedida de motivação, sobretudo, em consequência do art. 202 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28-10-52):

“Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.”

13) Quanto ao eventual poder discricionário que possa existir na possibilidade legal de aplicação desta ou daquela pena disciplinar, não se deve perder de vista as seguintes ponderações de Bartolome A. Fiorini:

“La invocación de la discrecionalidad no significa que los actos administrativos no deban ser causados. La discrecionalidad no puede crear actos sin causa. Una cosa es la elección de los hechos y circunstancias que fundamentan la causa de un acto, y otra cosa muy distinta es la comprobación de su existencia real y determinación efectiva de los hechos y circunstancias que justifiquen el ejercicio de la discrecionalidad. Elegir los motivos no es idéntico a demostrar su efectiva existencia; lo primero es manifestación del uso de la discrecionalidad mientras que lo segundo es la realización de esa facultad. La discrecionalidad no es una actividad que se mantenga ajena o al margen de la juridicidad.”

“La severidad del régimen probatorio, tiende a defender a la administración pública de la maledicencia y a sus agentes de la dolosa intención de crear la parcialidad a través de la eliminación o exclusión de agentes responsables.” (“Procedimiento Administrativo y Recurso Jerárquico” — 2.ª ed. Abeledo-Perrot — Buenos Aires — págs. 62 e 71.)

14) O relato do que foi alegado pela acusação e pela defesa, registrado em resumo, no contexto do julgamento referente ao processo administrativo

disciplinar, poderá tornar a decisão mais lógica e mais justa, defendendo-a de possíveis correções provenientes, principalmente, do poder judiciário que, motivadamente, vem ampliando, com base no art. 153, § 15, da Constituição, a sua penetração na área do poder discricionário: (*)

“no ato demissório, não há mérito excluído de apreciação judicial.”
(STF – RE 69.003 – RDA 119/254.)

“O julgamento da legalidade dos atos administrativos está incluído na competência jurisdicional que protege qualquer lesão de direito individual.” (STF – RE 72.390 – RDA 110/243.)

“O Poder discricionário – Pode o judiciário apreciar a decisão administrativa que aplica pena de demissão a funcionário estável, na parte que se refere à apreciação dos motivos previstos em lei, capazes de autorizar a imposição da pena, em face do exame da prova. (Rec. de Rev. nº 194.123 – TJ de S. Paulo – RDP número 27/160.)

“Funcionário – Pena disciplinar – A autoridade julgadora do processo administrativo disciplinar não pode aplicar punição em desproporção com a intensidade da falta realmente apurada. Quando for arbitrária a pena aplicada, pode o judiciário, sem entrar no mérito, ou justiça ou injustiça da pena, apurar se esta se ajusta, na apreciação dos motivos, conveniência e oportunidade, por lei, aos fatos imputados ao funcionário.” (TJ do Paraná – Ap. Civ. 594/72 – Tribuna da Justiça – Jurisprudência, 1973, pág. 2.466.)

15) A Súmula nº 473 do Eg. STF, a propósito da parte do seu enunciado que proclama a possibilidade de apreciação, pelo Judiciário, dos motivos da Administração ligados à conveniência ou oportunidade de seus atos, não tem sido notada ou destacada:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (os grifos não são do original).

(*) Ver, a propósito, trabalho do autor — publicado na Revista Brasileira de Direito Processual — Uberaba, vol. 5/135 e no jornal “O Estado de São Paulo”, de 11-1-76 — mostrando, inclusive, o progresso do Judiciário na apreciação de atos administrativos relacionados com o poder discricionário.

Justiça Administrativa.
Cooperação do Poder Executivo
com o Poder Judiciário.
Uma opção do estado jurídico atual

ANTONIO FELIPPE A. GALLO

Professor da Faculdade Brasileira de
Ciências Jurídicas (SUESC — RIO).
Procurador da Fazenda Nacional.

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Os sistemas francês e inglês. Sua experiência moderna. 3. A cooperação entre os Poderes Constitucionais, fenômeno moderno na estrutura estatal. 4. Os Tribunais Administrativos e o Conselho Superior da Justiça Administrativa. Sua finalidade precípua. Sua competência. Seus atributos. Sua composição. 5. O Poder Judiciário e sua competência de revisor legal. 6. Conclusões.

1. No Estado Social de Direito, realidade constitucional típica de nossos dias, se entende que de nada valerão seus esforços, suas reformas no sentido de exterminar antagonismos econômicos e sociais, se não estiver devidamente aparelhado de um mecanismo judiciário altamente eficaz.

Em razão do seu intervencionismo, o Estado passa a gerador de inúmeras relações jurídicas, sendo, portanto, natural a possibilidade de multipli-

cação das dissensões, de conflitos de interesse, os quais, em última análise, terão de vir a compor-se sob égide da estatalidade.

Daí, a necessidade de uma distribuição de justiça rápida e eficiente, para que a paz social, objeto último da ação do Estado, não seja estremecida.

É nesse ponto que devemos destacar as meditações dos responsáveis pela ação governamental e os estudos dos administrativistas visando à implantação de hábil e eficiente funcionamento da máquina estatal.

É a luta contra o burocratismo, onde se destaca a figura de um Hélio Beltrão. É a reforma administrativa, sua filosofia básica, seus princípios fundamentais, seu desenvolvimento.

No campo tributário, onde têm sido grandes as reformas, mencione-se Gilberto de Ulhôa Canto, defendendo a necessidade de simplificação e reestruturação do processo tributário.

É a especialização da justiça, ressaltada por Themístocles Brandão Cavalcanti no seu discurso de inauguração do I Congresso de Direito Administrativo no Paraná: "A natureza especializada da legislação, da própria doutrina, o risco permanente da prevalência de conceitos civilistas que não têm aplicação ao direito administrativo, aconselham a especialização do Juiz. Nenhuma razão existe para que somente o direito do trabalho tenha conquistado campo próprio para desenvolver a sua jurisprudência. As mesmas razões militariam em favor de uma justiça especial para o direito fiscal, dada a sua conceituação peculiar e uma legislação extremamente difícil e em permanente mutação. Somente juizes, afeitos a esse gênero de estudos, estariam inteiramente capacitados para exercer as suas funções julgadoras."

Os mesmos acenos para esta especialização vêm das ilhas britânicas, tão conservadoras, mas não inertes diante das reformas do "Welfare State", despontando aí O. Hood Phillips, defensor por igual e intransigente da experiência pregressa funcional, como condição fundamental para o preenchimento dos "Administrative Tribunals", de criação recente.

Este fenômeno do crescimento e complexidade da legislação pública mereceu, também, de André de Laubadère o reparo de que o sistema francês tende ainda mais a prevalecer, por terem os tribunais administrativos de aplicar um direito mais e mais especial, justificativa esta até diferente da origem dos mesmos.

Por seu turno, Marcel Waline relembra, ao defender o sistema supra, que com o crescimento do direito administrativo seria demais exigir seus conhecimentos pelos magistrados judiciários.

Assim, diante da prossecução da justiça ideal pelo Estado intervencionista, perguntaríamos: qual seria o tipo de justiça mais conveniente para a solução dos conflitos entre a Administração Pública e o administrado? A justiça administrativa, com seus tribunais administrativos independentes, ao estilo francês, o sistema judiciário do tipo inglês, com a especialização de seus juízes, ou um sistema intermediário?

Preliminarmente, deixemos bem claro que, ainda que haja vantagens no estudo comparado, e isto não se pode dispensar sobretudo pelo lado da experiência, cada país deve se pautar por instituições próprias e pelo seu modo de viver, a balança própria entre os interesses públicos e privados.

Outra, aliás, não foi a orientação conclusiva de "Franks Committee", de célebre repercussão na nova organização administrativa-judiciária inglesa.

Certas ponderações, contudo, se impõem inicialmente, a título de análise, pelos resultados práticos atingidos por estes dois sistemas tradicionais, nos países de onde se originaram.

2. Pelo sistema francês, como se sabe, forma-se uma autodisciplina administrativa, para impedir a interferência do Poder Judiciário em assuntos próprios do Poder Executivo.

Segundo H. W. R. Wade, a vantagem deste sistema, é que com sua aplicação, se minimiza possível distância entre a "law" e a "policy" traçada pelo Governo. É a experiência e o cunho políticos que os Tribunais Administrativos saberão imprimir em seus julgamentos, diante da "opportunité" do ato, o que nem sempre poderá ser perfeitamente deduzido pelos juízes do Poder Judiciário.

E, mais: a Justiça Administrativa Francesa tem se caracterizado por ser dotada de elementos experientes no campo administrativo e de cultura jurídica específica (a propósito, não é de se esquecer a influência da "École Nationale d'Administration" na formação dos futuros membros do "Conseil d'Etat").

O fator **autonomia** perante a Administração Pública tem sido ressaltado por André de Laubadère; contudo, pela reforma de 1963 ainda não se lhe deu o "status" da inamovibilidade, privilégio do Judiciário inglês.

Por seu turno, a rapidez na solução dos conflitos, que seria de se esperar, continua sendo um óbice à eficiência de tal sistema (L. Neville Brown, J. F. Garner e Nicole Questiaux nos atentam quando esclarecem que um processo em média leva **dezoito meses** para ser julgado pelos Tribunais Administrativos), o que prejudica aquela simplicidade formal, tão apregoada, dos recursos perante esta justiça.

Deixando, por ora, o sistema francês, partamos para o sistema inglês.

Este apresenta, de plano, um valor que consideramos inquestionável: quando um cidadão tem uma disputa com o Estado, mais do que nunca precisa da proteção de um tribunal judiciário (independente).

O consenso geral relativo a tal valoração foi, inclusive, pesquisado profundamente por E. C. S. Wade e Godfrey Phillips em sua magnífica obra, já em oitava edição, "Constitutional Law". É aquela independência que vem historicamente de "L'esprit des lois".

Por isto, duvidava Dicey da eficiência dos "tribunaux administratifs", por força do fator "política" a impedir aquela proteção total de liberdade dada ao cidadão inglês quando diante de um tribunal judiciário.

Apegados a este princípio jurídico, como reagiram os ingleses diante das reformas impostas pelo "Welfare State" que vieram a acumular de processos as cortes judiciárias?

Criando e expandindo os "Administrative Tribunals", para desafogar a justiça ordinária de primeira instância.

E, quais as vantagens práticas trazidas por estes tribunais?

Destacaríamos: a **experiência** pregressa dos seus componentes; **processo menos custoso** do que no tribunal judiciário; **rapidez**, o que não seria conseguido na esfera judiciária, já saturada de suas atribuições legais; **flexibilidade**, por não estarem adstritas aos "precedents" das cortes judiciárias, podendo desenvolver os novos ramos jurídicos da moderna legislação social; **informalismo**, de modo a que o leigo possa intervir no "case", acompanhando seu processamento, sem as desvantagens que teria na corte de justiça.

Ressaltemos, ainda, que tais tribunais, no exercício de suas funções judicantes, **cooperam** com o Poder Judiciário, suavizando sua tarefa, ao ponto de que se fossem extintos — e o "Franks Committee" em 1957 calculou que existiam 2.000 tribunais administrativos — aquele Poder sucumbiria.

O Poder Judiciário, contudo, não se diminuiu na sua pujança de compositor legal das desavenças, pois, não é impedido de reexaminar as questões sob o **aspecto legal**, daí a tradição do "certiorari" e do "mandamus".

3. Com estas considerações, evoluamos em nossa tese.

Assim, de plano, enfatizemos a cooperação que deve haver entre os Poderes Constitucionais.

Com efeito, a moderna estrutura constitucional não dispensa, ao contrário, incentiva tal cooperação. A lei delegada pelo Congresso ao Presidente da República — no sistema constitucional brasileiro — é um exemplo frisante de tal cooperação. É o Poder Executivo cooperando com o Poder Legislativo, fenômeno que se incrementa com frequência, conforme nos ensina O. Hood Phillips. Por seu turno, Themístocles Brandão Cavalcanti vaticina a transformação do Congresso Nacional moderno em entidade de cooperação com o Poder Executivo.

Dáí, lançarmos: por que não a cooperação do Poder Executivo com o Poder Judiciário na solução de litígios entre a Administração Pública e o administrado?

Mas, como? Através de tribunais administrativos, cuja missão seria reexaminar as decisões singulares, de primeira instância administrativa em processos fiscais e previdenciários, onde o *jus imperii* prepondera. Das decisões de tais tribunais, restaria, em última análise, apelo exclusivamente sob o *aspecto legal*, não mais à primeira instância da justiça especializada, mas, aos tribunais superiores.

Expliquemos melhor.

4. Por que tribunais administrativos?

Preliminarmente, para desafogar nos campos fiscal e previdenciário os setores superiores administrativos e o Judiciário de primeira instância.

Com efeito, críticas são lançadas, principalmente, pelo excesso de instâncias administrativas, que têm ou podem vir a ter participação ativa num processo administrativo.

Tal superposição gera uma demora na solução do processo, assoberbando a máquina administrativa.

Neste ponto, relembre-se Gilberto de Ulhôa Canto com seu postulado de supressão de qualquer recurso hierárquico nas decisões do órgão administrativo jurisdicional de segunda instância, para outra autoridade do Poder Executivo.

Com os tribunais ora propostos, libertar-se-ia o Ministro de Estado de participar do processo administrativo, em prol de suas atividades de direção de natureza política.

Assim, estar-se-ia simplificando o processo (outro postulado), sem perda do direito a recurso ao Judiciário pela autoridade pública, ou seja, segundo Gilberto de Ulhôa Canto, "outorga expressa da faculdade de pedir

revisão judicial das decisões administrativas à União Federal, como parte interessada nas controvérsias tributárias”.

Os tribunais administrativos teriam, portanto, competência recursal para reexaminar sob o **aspecto fático e legal** as decisões singulares; seriam, pois, duas instâncias. E, somente.

Tais tribunais poderiam ser regionais, aproveitando-se a divisão em regiões ora em vigor, como no setor fiscal que congrega dez regiões fiscais, fixando-se seu número, em cada região, em razão das exigências de eficiência e rapidez (volume) para a solução dos litígios.

E, se as decisões destes tribunais divergissem?

Um Conselho Superior, diretamente subordinado à chefia do Governo, além de suas tarefas correicionais, unificaria a jurisprudência.

E os atributos dos tribunais administrativos?

Por que não aplicar o sugerido pelo “Franks Committee” inglês?

“Openness, fairness and impartiality” seriam, com efeito, imprescindíveis, sem o que sucumbiriam.

Neste ponto, insiste Gilberto de Ulhôa Canto: “e, em segunda instância, colegiados com integrantes que podem ser escolhidos pelo critério paritário, mas que atendam a indispensáveis requisitos de independência e aptidão”.

E, como atingiríamos a tal?

Compondo-se o tribunal de: juiz-presidente, efetivo e permanente, selecionado, através de rígido concurso específico, nos moldes adotados pela “École Nationale d’Administration” Francesa: um juiz fazendário ou previdenciário, temporário, indicado pelo Ministro competente, dentre aqueles de reconhecida experiência e aptidão cultural; e um juiz-classista, igualmente temporário, indicado pelo Ministro competente e com os atributos anteriores de experiência e cultura.

E, mais: a inamovibilidade, como garantia precípua da independência, enquanto no exercício de suas atribuições judicantes.

Disciplinarmente, estariam submetidos ao Conselho Superior da Justiça Administrativa, sem interferência, portanto, do Ministro de Estado correspondente nas questões pertinentes à competência do Tribunal.

O Conselho Superior desta novel justiça, de importância idêntica ao “Council on Tribunals” e à comissão permanente de inspeção composta de membros do “Conseil d’Etat”, seria composto em número a ser fixado

pelo Governo, devendo do mesmo, contudo, participarem elementos de alta confiança dos setores de Justiça, Fazenda e Previdência.

Outra questão que precisa ser bem frisada é de que a princípio este tipo de tribunal deve ser estabelecido para solucionar em segunda e última instância administrativa os litígios fiscais e previdenciários, por estes precisarem urgentemente de reexame, visando à rapidez e eficiência da solução dos mesmos, e por provirem do exercício do *jus imperii*, o que obriga moralmente, assim, a Administração Pública de compô-los de imediato, reexaminando *in integrum* a atividade da autoridade singular.

Alargar tal competência seria sufocar o incipiente sistema de Tribunais Administrativos, não se olvidando que as questões litigiosas referentes às atividades do *jus gestionis* devem ser resolvidas, desde que não compostas satisfatoriamente, por um Poder independente, imune a influências políticas, ou seja, o Judiciário.

Tanto isso nos parece plausível que o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Djaci Alves Falcão, ao comentar a reforma judiciária, sugere que "Tribunais Fiscais e Tribunais de Previdência Social poderiam ser criados, condicionando-se o ingresso dos interessados em Juízo à prévia apreciação das pretensões por esses órgãos, em julgamentos que vinculariam a Administração".

5. Ressalte-se, ainda, que as decisões dos Tribunais Administrativos seriam definitivas, ressaltando-se os recursos ao Conselho Superior da Justiça Administrativa, para fins de firmar jurisprudência, e os recursos ao Poder Judiciário, não de primeira instância, mas de superior instância, desde que violentadas, de plano, as leis fundamentais de tributos ou previdência social e a Constituição Federal.

Desafogar-se-ia, pois, a primeira instância judicial federal, sendo que, nos Tribunais de Recursos, Câmaras especializadas em tributação e previdência social julgariam os recursos de decisões violadoras das leis fundamentais, quando não rejeitados *in limine* pelo Ministro Relator. Ao Supremo Tribunal Federal restaria a competência para julgar os recursos constitucionais.

6. Este, portanto, o sistema que propomos: a cooperação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, para que com a harmonia constitucional entre eles, haja um julgamento eficiente, rápido, simples e menos custoso.

Ou seja, como muito bem assevera J. Guilherme de Aragão: "o que se impõe é uma solução de síntese, de equilíbrio, entre a autonomia da ação administrativa e o controle jurisdicional dos atos administrativos".

De uma parte, os Tribunais Administrativos, de preferência nos setores fiscal e previdenciário, dotados de "openness, fairness e impar-

tiality”, com seus juízes inamovíveis, sujeitos à supervisão correicional, disciplinar e jurisprudencial do Conselho Superior da Justiça Administrativa.

De outra, o Poder Judiciário, através de seus Tribunais Superiores, velando pela integridade das leis fundamentais no campo fiscal e previdenciário e da Constituição Federal, com o desafoço da justiça singular federal.

BIBLIOGRAFIA

- 1) “Reforma Administrativa” — Hélio Beltrão — M.P.C.G. — 1968.
- 2) “Anteprojeto de lei orgânica do processo tributário (exposição de motivos)” — Gilberto de Ulhôa Canto — Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n.º 36, vol. I.
- 3) “Constitutional and Administrative Law” — O. Hood Phillips — 4.ª edição — 2.ª impressão — 1970 — principalmente págs. 591/593.
- 4) “Administrative Law” — Wade — 3.ª edição — 1971 — principalmente pág. 46.
- 5) “Constitutional and Administrative Law” — H.W. Clarke — London — 1971 págs. 127/133.
- 6) “The English Legal System” — K.J. Eddey — London — 1971 — págs. 91/98.
- 7) “The English Legal System” — Her Majesty’s Stationery Office — n.º 49 — London — 4.ª edição — 1972.
- 8) “The New British System of Taxation” — Her Majesty’s Stationery Office — n.º 112 — London — 2.ª impressão — 1973.
- 9) “Constitutional Law” — Wade e Brandley — 8.ª edição — London — 1970 — pág. 33.
- 10) “Manuel de Droit Administratif” — André de Laubadère — Paris — 1951 — págs. 38/39.
- 11) “Traité Élémentaire de Droit Administratif” — Marcel Waline — Paris — 1953 — págs. 45 e 257/259.
- 12) “French Administrative Law” — L. Neville, J. F. Garner e Nicole Questiaux — 2.ª edição — 1973 — principalmente págs. 158/159.
- 13) “The English Constitution” — Walter Bagehot — London — 1974.
- 14) “Diário da Justiça” — 27 de junho de 1975 — fls. 4625/4628.
- 15) “A Justiça Administrativa no Brasil” — J. Guilherme de Aragão — F.G.V. — 1955.

Este trabalho foi apresentado ao estudo da Comissão instituída para o tema 2.2 (“Contencioso Administrativo”), do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, que se reuniu em julho de 1976, no Rio de Janeiro. A presente contribuição foi aprovada pela referida Comissão, assim como pelo Plenário do Congresso, por ter sido julgada digna de ser considerada.

Aspectos da improdutividade da justiça

OSMAR ALVES DE MELO

Advogado

- a) Despachos judiciais dispensáveis
- b) Expressões inúteis de editais e precatórias
- c) Direito de representação contra juízes. Responsabilidade civil dos juízes

a) Despachos judiciais dispensáveis

A opinião spengleriana, segundo a qual, para preservar é necessário mudar, está de acordo com o reconhecimento romano da falibilidade humana — *errare humanum est* — e, ao mesmo tempo, confirma a similitude entre as instituições organizadas pela criatura — o homem — e as criadas pelo Criador — Deus — cujas leis do mundo cósmico também se baseiam no movimento. Tanto no universo cósmico como no mundo gerado no cérebro humano, tudo se move e, por isso, na moral, no direito, na política, na economia, ao longo da história dos povos, jamais houve nesses campos regras congeladas em determinadas posições, acabadas, definitivas, perfeitas, porque há necessidade de aperfeiçoá-las para encontrar o ponto de similitude com o eterno, que é perfeito.

Viveria ainda o homem nas cavernas, se na sua marcha lenta, porém progressiva, até a civilização cibernética, não tivesse alterado, derogado, repudiado normas de convivência humana, sábias e prudentes, em determinada fase e obsoletas e frenadoras do progresso social em época posterior. Por isso afirmam, com razão, os historiadores que a história não dá saltos, mas também não se repete, por fazer-se em espiral.

Apegar-se à nostalgia dos velhos padrões é repudiar o princípio da evolução do homem, contrariando as leis físicas do universo, pois, no movimento, encontra-se a fonte do equilíbrio, não só do Cosmos, assim ordenado pelo Criador, como também de todas as instituições humanas. Não sendo perfeito nada feito pela mão do homem, há necessidade de revisões, de supressões, de substituições das normas ultrapassadas e travadoras do progresso, independentemente de sua idade, visto que o relógio do tempo, em sua marcha inexorável, não as convalidará, pelo contrário, encarregar-se-á de condená-las à inutilidade, ao desuso, ao abandono.

Para o homem conquistar a Lua e partir para o contato direto com os planetas de nossa galáxia e de outras, no futuro, teve, antes, de

quebrar os cânones da física estratificada no século XIX. Pondo em dúvida as catastróficas previsões de Malthus, a ciência e a técnica, voltadas para o uso racional do solo, conseguiram provar que a capacidade de produção de alimentos do globo terrestre é apta a alimentar muitos bilhões de seres humanos, inteiramente fora das cogitações malthusianas.

Os princípios econômicos de Adam Schmit — pai do capitalismo — e de Carl Marx — corifeu do socialismo — também tiveram de transigir e contemporizar, na prática, a fim de ser encontrado denominador comum na produção e no consumo, ao ponto de, nos dias modernos, o capitalismo estar se socializando e o socialismo se capitalizando, sendo de prever-se o surgimento de outro sistema econômico e social, a partir do instante em que os atuais eliminem suas diferenças, desaparecendo os extremos da bipolaridade que, como as leis do universo, é também fonte do equilíbrio e do progresso da sociedade humana. Anote-se que, só por força da regra da bipolaridade, os homens discutem sobre a natureza, a essência e a finalidade das coisas e é da discussão, pressuposto indeclinável da liberdade de pensamento, que surge a verdade.

Como afirma Stuart Mill, no seu livro sobre a liberdade, “existe a maior diferença entre presumir a verdade de uma opinião que não foi refutada, apesar de existirem todas as oportunidades para contestar, e presumir a sua verdade com o propósito de não permitir a sua refutação”.

Como Voltaire, que esclarecia seu papel na Revolução Francesa, “minha função é dizer o que penso”, amparado no dever legal de não temer desagradar a quem quer que seja, pelas suas opiniões, deve o advogado buscar, como Goethe, a luz na discussão, onde também será encontrada a certeza do certo e do errado, do justo e do injusto, do belo e do feio, do perfeito e do deformado.

Sócrates, acusado de imoralidade, e Cristo, de blasfêmia, foram assassinados pelos dogmáticos que temiam as transformações atualizadas, mas as idéias proclamadas pelos dois continuam vivas, resistindo à erosão do tempo, e ambos são divinizados por milhões de pessoas. A cícuta de Sócrates e a cruz de Cristo ainda são ameaças constantes a todos quantos não se conformem com a imobilidade, o obsoletismo e as normas retrógradas mantidas mais pela lei do menor esforço do que pela utilidade que encerram.

Por isso, já que deve a justiça ser prestada com rapidez, com segurança e com economia, como sustenta Ivair Nogueira Itagiba, em brilhante trabalho publicado no volume 11 da Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, “delongas, protelações e despesas flagelam, desanimam e oneram as partes”, será necessário lembrar o anátoma de Bacon, “a injustiça faz a sentença amarga, e a demora em proferi-la, torna-a azeda”.

O advogado é o elo entre o povo e a justiça, uma vez que, postulando os interesses das partes, representa sempre parcela ponderável das aspirações da nação. Daí, avultar sua missão de pugnar pela boa aplicação

das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas, na forma do disposto no artigo 87, inciso I, da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963.

Por outro lado, o juiz, pela natureza mesma de sua função, retrai-se na observação contemplativa dos costumes obsoletos e retrógrados para não interferir na seara do Poder Legislativo ou Executivo. Nessas condições, cabe ao advogado denunciar legitimamente tudo quanto esteja emperrando a máquina judiciária, visto que sua atuação não padece de nenhuma limitação, nem ele integra o Poder Judiciário, ainda que a prestação jurisdicional não se concretize sem a sua indispensável presença.

Por essa razão, quando o advogado denuncia vícios e mazelas específicos ou generalizados dos procedimentos judiciários, não está acusando este ou aquele magistrado, senão prestando colaboração valiosa à atualização, racionalização e modernização do aparelho judiciário.

Desde o Presidente da República, General Ernesto Geisel, passando pelo Presidente do Partido da Oposição, Deputado Ulysses Guimarães, até o último brasileiro, todos reconhecem a necessidade da reforma do Poder Judiciário. Mas, esta pouco representará se velhos hábitos dos procedimentos judiciários permanecerem indenes, com foros de conquistas definitivas da atuação dos Juízes.

Sendo limitado aos temas — Despachos Judiciais dispensáveis e expressões inúteis de Editais e Precatórias —, não comporta este modesto trabalho divagações mais amplas sobre as causas emperradoras da justiça. Dois aspectos apenas de numeroso elenco de causas estão em debate, ambos perdidos no túnel do tempo, sem se darem conta disso — os despachos judiciais dispensáveis e expressões inúteis de Editais e Precatórias.

Os despachos judiciais dispensáveis incluem todos quantos travam a marcha do processo, ou a sobrestam, interrompem-na ou paralisam-na, independentemente da vontade das partes. São dispensáveis porque, como uma frase intercalada na oração, poderiam ter deixado de existir sem que fosse notada sua falta. Como um hiato, nada acrescentam ou tiram. Tais despachos não são exigidos por nenhum dispositivo legal, nem se justificam, dentro da margem de arbítrio da judicatura, uma vez que ferem o princípio da economia, da celeridade e da simplicidade do processo.

Alguns são da responsabilidade exclusiva do Cartório ou da Secretaria do Juiz, não havendo, portanto, nenhuma justificativa lógica ou prática para a sua existência, tais como “Registre-se”, “Autue-se” e o “Preparados”, e expressões equivalentes. Antes que a petição inicial chegue ao Cartório ou Secretaria do Juiz, já se encontra registrada no Distribuidor, no setor competente da Corregedoria, independentemente de qualquer autorização expressa da administração judiciária.

Da mesma forma, e por ser mais racional, o Cartório ou Secretaria do Juiz, ao receber a petição inicial, deveria tombá-la, autuá-la e fichá-la imediatamente, levando os autos ao Juiz para despacho. Independen-

do de despacho, ainda que a petição inicial não preencha as formalidades legais previstas nos dispositivos do diploma legal adjetivo, uma vez que do despacho, recebendo ou não o Juiz o pedido vestibular, cabe recurso processual ou os previstos na Lei de Organização Judiciária, exarar tais despachos dispensáveis é uma perda do precioso tempo do Juiz. Somados nos milhares de processos que lhe passam pelas mãos anualmente, representam centenas de horas de trabalho roubadas ao Juiz, perfeitamente economizáveis e susceptíveis de serem usadas na aceleração da marcha dos processos.

Com efeito, só na lei do menor esforço se poderá encontrar justificativa para tamanha irracionalidade, responsável, em grande parte, pela sádica morosidade dos feitos, causadora de esperas cansativas dos advogados e de desânimos e desalentos das partes.

Nesses casos, está ocorrendo precisamente a inversão do "iter" do processo, com graves prejuízos para todos — advogados, juizes e partes — sem vantagem para os serviços cartorários ou para a máquina judiciária. Pelo contrário, constitui tal prática obsoleta e retrógrada uma fonte permanente de mal-estar, de aborrecimento, de impaciência, de revolta contra a lentidão inquietante dos procedimentos forenses.

Há, assim, evidente necessidade de eliminar práticas tão contrárias às aspirações universais de simplicidade e celeridade procedimental, que ferem o salutar princípio de economia processual. Não estando previstos em dispositivos legais ou administrativos, poderiam ser erradicados pelo abandono voluntário de tais despachos pelos juizes ou pela expedição de Provimento orientador e disciplinador das atividades dos Cartórios e Secretarias do Juiz.

Outros são da responsabilidade dos Juizes que, na boa intenção de atender, com presteza, aos patronos das partes, exaram-nos, sem avaliarem a verdadeira extensão dos novos atos cartorários que desencadeiam até que o processo retorne de novo à sua apreciação, com grave perda de tempo, desperdício de energias de seus auxiliares e despesas perfeitamente dispensáveis. Entre estes, incluem-se o "junte-se", "nos autos", "a conclusão" e o "conclusos".

Ressalve-se, como medida de justiça, que o "junte-se" ou o "nos autos", que são a mesma coisa, justificam-se em determinadas hipóteses, como, por exemplo, na juntada de cópia de uma guia de depósito numa ação de consignação em pagamento, uma vez que a contraparte não precisa se pronunciar sobre a mesma. Mesmo assim, não deixa de ser um desperdício ter o juiz de exará-lo, já que o próprio Cartório ou Secretaria do Juiz poderia fazê-lo, sem qualquer arranhão à regularidade do processo. Noutros casos, porém, quando a contraparte, em face do princípio do contraditório, tem de ser ouvida, ao invés de exarar "junte-se" ou "nos autos", poderia simplesmente despachar o Juiz, "à contraparte" ou outra expressão equivalente. Deixando de exarar um dos dois primeiros, nem por isso o Cartório ou Secretaria do Juiz está proibido de juntar papéis aos autos, porque determinação é implícita, e, por outro lado, o juiz economizaria seu precioso tempo. Nada recomendaria em

contrário que o próprio Cartório ou Secretaria fizesse a juntada pura e simples da petição nos autos e levasse ao juiz o processo já pronto para o despacho indicado pela posição do feito. Questão simples, sem maiores controvérsias, poderia também ser contornada por novos métodos na ordem dos trabalhos cartorários determinados por Provimento ou por iniciativa dos próprios juizes.

O despacho "à conclusão" justifica-se plenamente na maior parte das hipóteses em que é exarado, sempre que o juiz necessita de fazer exame mais aprofundado e minucioso das questões suscitadas pelos advogados ou quando tem de apreciar laudos periciais ou complexos cálculos impugnados por uma das partes, ou quando tem de decidir sobre incidentes processuais sérios ou sobre exceções ou embargos, ou quando não se acha habilitado a proferir a sentença. Nesses casos, não só se justifica como as partes compreendem perfeitamente a razão de ser da sua existência. Em hipóteses de simplicidade meridiana, além de perda de tempo do juiz, poderá parecer protelação de decisão, causador, portanto, de prejuízo material e, às vezes, moral a uma das partes e a seu patrono, desprestigiando, dessa forma, a regra do artigo 69 da Lei nº 4.215, que exprime o dever de consideração e respeito recíprocos entre advogados e juizes.

Sobre o "conclusos" já escrevi, no mês de junho de 1975, o que foi amplamente divulgado pela imprensa de Brasília, em resumo, o seguinte:

"O **conclusos**, que somente deve ser utilizado em casos especiais, é hoje largamente empregado, em quase todas as petições e em qualquer fase do processo. O uso indiscriminado do **conclusos**, tendo como justificativa o excesso de trabalho, é absolutamente falso, porque o despacho univocabular, pelo contrário, desencadeia uma série de operações dispensáveis, tanto do juiz, como do cartório e dos advogados. Em face dele, o processo retorna ao Cartório, anexa-lhe o escrevente mais uma folha de papel, enumera-o, apõe-lhe um carimbo, preenche um despacho "à conclusão", enquanto o escrivão rubrica a folha anexada e subscreve o carimbo, sendo o processo levado de novo ao juiz, para novo despacho."

Pela sua irracionalidade, pela falta de economia de tempo de todos que encerra, pelo efeito paralisante dos outros feitos, pela grave responsabilidade na lentidão da prestação jurisdicional, o "doutor conclusos" merece o repúdio total de todos quantos militam no foro e deve ser condenado à pena de banimento das práticas judiciárias de todo o Brasil.

A insistência da maioria dos juizes na prática desses despachos dispensáveis e inúteis tem impellido muitos advogados ao desespero, na contemplação desenganadora de processos que se eternizam, levando uns à perda da clientela, outros ao descrédito total e alguns a invocar o direito de representação previsto no artigo 198 do Código de Processo Civil ou a se munir de certidões sobre a posição do processo, a fim de, numa eventualidade futura, responsabilizar civilmente o Juiz, ou o Juiz e o Estado, por perdas e danos.

b) Expressões inúteis de Editais e Precatórias

As expressões inúteis de editais e precatórias constituem outro aspecto do atravancamento e do encarecimento da atividade judiciária. Por um lado, acumulam-na de excessivos serviços, perfeitamente dispensáveis e, por outro, sobrecarregam as partes de despesas passíveis de serem contidas.

Trata-se da forma redacional superada dos Editais e das Cartas Precatórias e Rogatórias, ainda cheia de fraseado oco, inútil e — por que não dizer? — risível, que em nada contribui para a solenidade daqueles atos judiciais. Pelo contrário, indigesta, fora dos padrões atuais de comunicação escrita, esmerada na forma rebuscada, impõe, na verdade, um sacrifício a qualquer leitor.

Com efeito, ninguém, nem o juiz e o escrivão que os subscrevem, lêem o preâmbulo e a parte final de um Edital ou de uma Carta Precatória ou Rogatória e, se conseguirem fazê-lo, concluirão que jamais redigiriam tais peças vernáculas, de sabor quinhentista, dignas da pena de Pero Vaz de Caminha, mas estranhas à de Carlos Drummond ou de Aurélio Buarque de Holanda.

Se não merecem a aposentadoria por amor à evolução da língua de Camões, devem, contudo, constituir acervo de museus, por respeito ao bolso das partes e aos cofres do Estado, que paga o papel em que são impressas e o salário do servidor que o preenche.

Não se concebe o carrancismo de tal linguagem, numa sociedade que vive os albores da civilização cibernética, a era do computador e da energia nuclear, onde tudo que não acompanhe o progresso acelerado pelas novas técnicas é decadente e está condenado ao desuso, pois já não são apenas idéias solitárias que governam a história, senão também as conquistas das ciências, propulsionadoras das alavancas de uma marcha progressiva cuja finalização foge às previsões mais realistas e está mesmo fora das cogitações dos futurólogos.

Sob este prisma, a justiça terá que levantar a venda de seus olhos, por um momento que seja, a fim de poder contemplar as novas formas de expressão, merecedoras de serem absorvidas por sua linguagem, perdida nos desvãos do tempo. Cega, a justiça há de pensar em sua surdez enquanto é tempo de ouvir o som extravagante de sua harpa, para afiná-la, a fim de que não emudeça, por falta de interlocutores em condições de entendê-la. Cega, admite-se, mas surda e muda, a justiça não se manterá no seu pedestal e geremão no cativoiro os que têm sede e fome de justiça.

Resquício de um passado submergido na voragem dos séculos, morto e definitivamente esquecido, a linguagem do Poder Judiciário nos Editais e nas Cartas Precatórias e Rogatórias foi igualmente a dos Poderes Legislativo e Executivo, no passado.

Todavia, em homenagem à racionalização, à economia de tempo e de dinheiro e à simplicidade, os Poderes Legislativo e Executivo expurgaram-na de seus atos oficiais.

Nas Cartas Régias de 1823, do Imperador Pedro I, encontravam-se as mesmas expressões ainda em uso nos Editais e Precatórias do Poder Judiciário de nossos dias, tais como: “faço saber aos que esta minha carta virem”, “pelo que mando ao Regedor da Casa da Suplicação, Tribunais, Ministros e quaisquer outras pessoas, a quem o conhecimento desta minha carta haja de pertencer, a cumpram, a guardem e façam cumprir e guardar como nela se contém...” “Fulano de Tal a fez” e “Cicrano a fez escrever”, e “Beltrano a datilografou e subscreveu”, “copiado e conferido por mim”.

Ora, bastaria um simples expediente comunicando o teor do ato e nada mais.

Sobre os Editais dispõem os artigos 231 e 232 do Código de Processo Civil:

“Art. 231 — Far-se-á a citação por edital:

I — quando desconhecido ou incerto o réu;

II — quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;

III — nos casos expressos em lei.

§§ 1º e 2º —

“Art. 232 — São requisitos de citação por edital:

I — a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos números I e II do artigo antecedente;

II — a afixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;

III — a publicação do edital no prazo máximo de 15 (quinze) dias, uma vez no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver;

IV — a determinação, pelo juiz, do prazo, que vencerá entre 20 e 60 dias, correndo da data da primeira publicação (...)

V —

Como se observa, os dispositivos assinalados não estabelecem a observância de determinada forma de expressão, donde se conclui, sem esforço, que os Editais podem ser redigidos de maneira mais simples, sucintamente, sem prejuízo nenhum da clareza da comunicação a fazer.

Da mesma forma, das Cartas Precatórias e Rogatórias podem e devem ser podadas todas as expressões inúteis, ou rebuscadas, cheias de mesuras caricatas, à luz das modernas técnicas de redação da língua portuguesa. Sobre estas, o Código não determina sequer os requisitos mínimos fixados para os Editais. Em carta de 27 de agosto de 1975, solicitei ao Desembargador Milton Sebastião Barbosa, Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Federais, desfraldasse a bandeira da simplificação da linguagem dos Editais e das Cartas

Precatórias e Rogatórias, e ainda alimento a esperança de que uma voz autorizada deste País se condoa do nosso idioma e se associe à aspiração de justiça simples, célere, econômica, sendo ao mesmo tempo segura e certa.

c) Direito de representação contra juizes. Responsabilidade civil dos juizes.

O artigo 198 do CPC é dos dispositivos legais elaborados para não serem cumpridos, para serem derogados pelo desuso e pela lei da inércia.

Com alguma diferença, havia regra, também inócua, no artigo 25 do Código de Processo Civil de 1939. Combati-a, na vigência daquele diploma legal, sugerindo, através da OAB-DF, introdução no atual Código de Processo Civil, então em discussão na Câmara dos Deputados, de norma mais objetiva e executável, independentemente de suscitação pelo advogado.

Infelizmente, sofismando com o título da Seção II do Capítulo III do atual Código — “Da verificação de prazos e das penalidades” — entendeu o plenário do Conselho Secional que a matéria estava bem disciplinada e não encaminhou a sugestão aos órgãos competentes.

Na vigência do atual diploma legal adjetivo, voltei a insistir sobre o assunto, por ocasião da V Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no Rio de Janeiro, entre 11 e 16 de agosto de 1974, na tese apresentada por mim sob o título “Direitos Humanos e a Prestação Jurisdicional”, publicada nos Anais da referida Conferência, propondo, então, a seguinte redação para o artigo 198 do Código de Processo Civil.

“Art. 198 — O Escrivão ou o Chefe da Secretaria certificará e remeterá ao Presidente do Tribunal, obrigatoriamente, sob pena de responsabilidade funcional, civil e criminal, certidão de cada processo, cujo juiz tenha excedido os prazos previstos em lei. Distribuído o expediente cartorário, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu o excesso de prazo, designando outro juiz para praticar despachos de expedientes ordinatórios, interlocutórios e decisórios da causa. Constatado o retardamento, o juiz responsável pelo mesmo perderá tantos dias de vencimentos quantos forem excedidos. Na contagem do tempo de serviço para efeito de promoção e aposentadoria, a perda será do dobro dos dias excedidos.”

Pretende-se restabelecer, aperfeiçoada, a regra do Código de Processo Civil de 1939.

Com efeito, todo sistema legal deve guardar coerência, sistematizando princípios e normas, de tal forma que forme um todo sem contradições chocantes. Com a introdução do princípio da representação, inaplicável na prática, o atual Código de Processo Civil não guarda coerência nenhuma no tratamento dado aos advogados e aos membros do Ministé-

rio Público, de um lado, e aos juizes de outro, na hipótese de infringência de suas regras. Senão veja-se em relação aos juizes, dispõe o artigo 198:

“Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que exceder os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu o excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa.”

Não impõe ao Juiz penalidade de qualquer espécie, transferindo o problema à Lei de Organização Judiciária. Se esta for omissa, e o é, na maioria dos Estados, senão em todos, pois o Código de 1939 disciplinava a matéria concretamente, determinando o desconto na folha de pagamento do Juiz de dias de vencimentos por prazos excedidos, a impunidade será a regra e nada existe para obrigá-lo a despachar ou não, a não ser sua consciência.

No entanto, o Código foi muito severo em relação aos advogados e aos membros do Ministério Público, cominando-lhes sanções gravíssimas para suas faltas no processo, nos artigos 195, 196 e parágrafo único, e 197, que dispõem:

“Art. 195 — O advogado deve restituir os autos no prazo legal. Não o fazendo, mandará o juiz, de ofício, riscar o que neles houver escrito e desentranhar as alegações e documentos que apresentar.”

“Art. 196 — É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder o prazo legal. Se, intimado, não os devolver dentro de 24 horas, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa, correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo.”

“Parágrafo único — Apurada a falta, o juiz comunicará o fato à seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, para procedimento disciplinar e imposição de multa.”

“Art. 197 — Aplicam-se ao órgão do Ministério Público e ao representante da Fazenda Pública as disposições constantes dos artigos 195 e 196.”

Por uma lei elaborada por ilustre advogado, com os olhos fitos na mais alta magistratura do País, está quebrada a igualdade entre juizes e advogados, proclamada pelo artigo 69 da Lei nº 4.215, que estabelece:

“Art. 69 — Entre juizes de qualquer instância e os advogados não há hierarquia nem subordinação, devendo-se todos consideração e respeito recíprocos.”

Não há unidade do sistema do Código de Processo Civil. Para as faltas do juiz, nenhuma cominação de pena. Para as do advogado:

- a) riscamento do que houver escrito;
- b) perda de vista fora de cartório;

- c) desentranhamento de alegações e documentos;
- d) multa correspondente a meio salário mínimo vigente na sede do juízo;
- e) procedimento disciplinar perante a OAB;
- f) multa não especificada.

Ora, os advogados que são os fiscais da aplicação da lei encontram-se desarmados, pela criação legislativa do Professor Alfredo Buzaid, a não ser que as faltas do juiz sejam de tal sorte graves que impliquem em responsabilidade criminal, já que também o artigo 133 do Código de Processo Civil, relativo à responsabilidade civil dos juizes, é dispositivo igualmente inodoro.

Nessas condições, nada podem fazer os advogados para obrigar os juizes a oferecerem prestação jurisdicional, no tempo devido. Não se trata de pessimismo, nem há propósito de ser advogado do diabo contra os juizes, que, afinal, não elaboraram a lei e, por isso, não têm culpa de o legislador os ter deixado fora do alcance de qualquer sanção por eventuais faltas. Errar é humano e seria crueldade exigir do juiz que acerte sempre, na feliz expressão do saudoso Milton Campos.

Mas a verdade é que assim, no regime do "laissez-faire", nem justo, nem certo, não há reforma do Poder Judiciário capaz de modificar o curso das coisas, no que se refere à lerdeza da máquina judiciária.

Por isso, impõe-se, de imediato, a modificação do artigo 198 do Código de Processo Civil, na forma proposta, ou noutra, cuja objetividade não deixe margem de dúvida, ou a introdução de norma semelhante na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Estados. Do contrário, dentro de pouco tempo, as desejáveis boas relações entre advogados e juizes estarão contaminadas pelo germe mortal das desavenças, das suspeitas, dos procedimentos criminais e das incompatibilidades insuperáveis. Não somos uma sociedade de anjos, razão por que os juizes devem ser tratados como homens, iguais aos outros, feitos que são da mesma matéria falível. Por serem juizes, devem ser os primeiros a reconhecer a injustiça do tratamento legal e a falsa atribuição conferida ao advogado de fiscal da lei, pois eis o causídico impotente e inerme.

Conclusões

Antes do resumo das conclusões, fique claro que, no cumprimento do dever sagrado do advogado de pugnar pela boa aplicação das leis, rápida administração da justiça e aperfeiçoamento das instituições jurídicas, no cultivo da liberdade e da independência, que são o apanágio da profissão, guardo o mais profundo respeito aos juizes, e, por isso, sinto-me gratificado em poder colaborar para a eliminação de alguns entraves que já comprometem sua imagem perante a opinião pública e ante importantes e responsáveis setores da sociedade brasileira. Repetindo Calamandrei, citado por Sodré, "entre advogados e juizes, as relações devem ser entre homens livres, guardas cada um deles da própria independência e da própria dignidade, mas ao mesmo tempo côncios da solidariedade social que os une a todos para o fim comum. Juiz e

advogado são como espelhos, cada um deles olhando para o interlocutor, reconhece e saúda, espelha em si mesmo a própria dignidade”.

Sob os aspectos examinados e sob muitos outros, a justiça brasileira converteu-se numa verdadeira tragicomédia e a todos irmanados, Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, compreendendo *este cada Juiz*, cada membro do Ministério Público, cada Procurador, cada Advogado, cada serventuário, cabe a grave responsabilidade de encontrar a forma de ajustá-la à realidade nacional, tornando-a operante, simples, célere, produtiva e ao alcance de todos os cidadãos.

Dentro desse espírito, proponho seja recomendada ao Egrégio Tribunal de Justiça a expedição de provimento ordenando as atividades cartorárias, no sentido de que, ao receber as petições iniciais ou de processos a serem apensados, sejam as mesmas imediatamente registradas no Livro de Tombo, feitas as respectivas fichas de controle e autuadas.

Dentro do mesmo espírito, proponho seja recomendado ao Egrégio Tribunal de Justiça examinar a conveniência de expedir provimento disciplinando as atividades cartorárias, no sentido de:

I

a) no sistema atual de recolhimento de custas:

Ao receber a petição inicial, inclusive a de processo que deva formar autos separados, feito o respectivo preparo, o Cartório providenciará imediatamente seu registro no Livro de Tombo, fará a ficha de controle e a autuará, encaminhando os autos, no mesmo dia, ao juiz, para despacho.

b) no sistema de recolhimento centralizado de custas:

Ao receber a petição inicial, inclusive a de processo que deva formar autos separados, o Cartório providenciará imediatamente seu registro no Livro de Tombo, fará a ficha de controle e a autuará, encaminhando os autos no mesmo dia, ao juiz, para despacho.

Ao receber qualquer petição, o Cartório fará imediatamente sua juntada aos autos correspondentes, enumerando-a e encaminhará, a seguir, os autos ao juiz para despacho.

As intimações das partes serão feitas através do **Diário de Justiça**, cuja pauta de publicação será entregue diariamente ao Departamento de Imprensa Nacional. Se, todavia, a parte a quem se dirige a intimação pronunciar-se antes da publicação do despacho, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz.

II

Tendo em vista poupar ao magistrado perda de tempo com o exame dos autos para a prolação de sentenças padronizáveis, despachos interlocutórios, ordinatórios e de mero expediente, e no intuito de dinamizar as atividades forenses, aumentando-lhe a produtividade, proponho seja sugerido ao Egrégio Tribunal de Justiça o exame da conveniência e oportunidade da designação de assessores, cuja incumbência seria

elaborar as sentenças padronizáveis, os despachos interlocutórios, ordinatórios e de mero expediente, levando, a seguir, os autos ao juiz para colhimento de sua assinatura, e, enquanto não for adotado o assessoramento judicial, sejam os Escrivães autorizados por provimento a exercerem as tarefas especificadas.

III

a) Sem nenhum desdouro por D. João VI, introdutor da forma dos Editais ainda em uso na justiça brasileira, no interesse da rapidez dos serviços judiciários e no intuito de tornar menos onerosa às partes a prestação jurisdicional, proponho seja sugerida ao Egrégio Tribunal de Justiça a elaboração de modelo de edital a ser adotado na Justiça do Distrito Federal e Territórios, nos estritos termos dos arts. 231, incisos I e II, e 232, do Código de Processo Civil, expurgando de sua redação quaisquer expressões inúteis, como “na forma de lei”, “a todos quantos o presente edital virem ou dele conhecimento tiverem”, “que por esse meio”, “o presente edital será afixado no lugar de costume e publicado na forma da lei”, “Dado e passado nesta Cidade” dia, mês e ano por extenso, nome do escrevente que o escrever e do escrivão que o subcrever.

b) Igualmente, proponho seja sugerida ao Egrégio Tribunal de Justiça a elaboração de modelo de Cartas Precatórias e Rogatórias, nos exatos termos do art. 202 do Código de Processo Civil, obedecendo a forma da redação dos atos oficiais, expurgando-lhes do texto quaisquer expressões caricatas e em desuso na língua portuguesa.

IV

Para restabelecer a unidade do Código de Processo Civil e a igualdade de tratamento entre advogados e juizes prevista no Estatuto dos Advogados, e visando à eliminação de áreas de atrito entre aqueles que compõem o triângulo da relação processual, sugiro seja encaminhado ao Ministro da Justiça, assim como aos líderes do Governo e da Oposição, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, pedido no sentido de ser alterado o art. 198 do CPC; e introduzido no Projeto de Organização Judiciária do Distrito Federal igual dispositivo, com a seguinte redação:

“Art. 198 — O Escrivão ou o Chefe de Secretaria certificará e remeterá ao Presidente do Tribunal, obrigatoriamente, sob pena de responsabilidade funcional, civil e criminal, certidão de cada processo, cujo juiz tenha excedido os prazos previstos em lei. Distribuído o expediente cartorário, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu o excesso de prazo, designando outro juiz para praticar despachos de expediente, interlocutórios, ordinatórios e decisórios da causa. Constatado o retardamento, o Juiz responsável pelo mesmo perderá tantos dias de vencimentos quantos forem os excedidos. Na contagem do tempo de serviço, para efeito de promoção e aposentadoria, a perda será do dobro dos dias excedidos.”

**O Centro Nacional de Estudos Judiciários do Direito Francês
(Atual "École Nationale de la Magistrature")
e a Reforma do Judiciário no Brasil**

CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO

SUMÁRIO:

- I — INTRODUÇÃO
- II — DA ADMISSÃO AO CENTRO NACIONAL DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
- III — PREPARAÇÃO PRÉVIA PELOS INSTITUTOS DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONCURSO DE ADMISSÃO AO CENTRO
- IV — DO ENSINO NO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
- V — DO ESTATUTO DO AUDITOR DE JUSTIÇA
- VI — DA ESCOLARIDADE NO CENTRO NACIONAL DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
- VII — DOS ESTAGIÁRIOS ESTRANGEIROS
- VIII — DA CLASSIFICAÇÃO FINAL DOS AUDITORES
- IX — DA COMPOSIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA NESSA FASE FINAL
- X — O QUE OCORRE APÓS A SAÍDA DO CENTRO NACIONAL DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
- XI — DA SUBORDINAÇÃO E DIREÇÃO DO CENTRO NACIONAL DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
- XII — DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
- XIII — ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
- XIV — *DO CORPO DOCENTE*
- XV — DA CRIAÇÃO DE ESCOLA OU CURSO DE PREPARAÇÃO PARA JUÍZES NO BRASIL. PRECEDENTES: O CENTRO DE ESTUDOS DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA DO RIO GRANDE DO SUL E O CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO PARA MAGISTRADOS DO ESTADO DO PARANÁ

- XVI — PREPARAÇÃO E FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS: DISTINÇÃO
- XVII — DO PRIMEIRO CONGRESSO INTERNACIONAL DOS MAGISTRADOS E SUAS CONCLUSÕES
- XVIII — CONCLUSÃO
- BIBLIOGRAFIA

“Se défler de la magistrature est un commencement de dissolution sociale. Détruisez l’institution, reconstruisez-la sur d’autres bases, mais croyez-y.”

(BALZAC)

“Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait les lois pour un temps ou pour toujours et corrige ou abroge celles qui sont faites.

Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions.

Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers, on appellera cette dernière la puissance de juger...”

(MONTESQUIEU, “De l’Esprit des Lois”)

I — Introdução

A reforma judiciária na França, que data de 1958, trouxe em seu bojo uma importante reestruturação das modalidades de recrutamento de magistrados e da formação profissional dos futuros juízes.

Em 10 de março de 1959, foi criado nesse país o “Centre National d’Études Judiciaires”. (1)

O primeiro concurso de acesso teve lugar sete meses após e os primeiros auditores começaram seus estudos aos 8 de fevereiro de 1960.

A escola de preparação de juízes é uma réplica da famosa E.N.A. (“École Nationale de l’Administration”), que seleciona os outros funcionários do Estado francês para o Conselho de Estado, Corte de Contas, Inspetoria de Finanças etc.

(1) De acordo com o art. 8.º da lei de 10 de julho de 1970, publicada no Diário Oficial Francês do dia 12 de julho do mesmo ano, o antigo “Centre National d’Études Judiciaires” passou a ser denominado “École Nationale de la Magistrature”.

O Centro Nacional de Estudos Judiciários está sob a autoridade do Ministro da Justiça (“Garde des Sceaux”).

Esse estabelecimento, que, à época de sua criação, consistia numa espécie completamente original em todo o mundo, foi previsto pelo legislador francês para prover a magistratura de melhor técnica, tornando o magistrado mais eficaz, e fazer ampliar os seus conhecimentos.

Na verdade, o “Centre National d’Études Judiciaires” requer daquele que se destina à missão humana de julgar o conhecimento da vida e dos seres, a compreensão do meio econômico e social, dos temas filosóficos e correntes do pensamento, das transformações rápidas que o mundo de hoje enfrenta, cuja complexidade é notória.

No Centro Nacional de Estudos Judiciários, o futuro magistrado recebe, durante vinte e oito meses, (2) uma formação moderna e profunda sobre casos concretos dos mais variados, que terá de resolver ao ser investido na função.

A formação diz respeito não só ao direito privado mas também ao direito público.

Como dissemos acima, essa formação não se prende somente aos conhecimentos jurídicos, já que o auditor deverá aprofundar seus estudos a par de questões econômicas, sociais e administrativas.

A Escola de Preparação parte ainda do princípio de que a leitura dos códigos não basta para o encarreiramento do juiz.

II — Da Admissão ao Centro Nacional de Estudos Judiciários

O recrutamento ao Centro faz-se sob duas formas:

Primeiramente, por concurso anual. Somente os candidatos que tiverem sua inscrição aceita pelo Ministro da Justiça é que poderão prestar o concurso, submetendo-se, então, às provas de cultura geral e de Direito. É necessária ainda a aptidão do candidato para os debates e conhecimentos notórios de língua estrangeira.

Em segundo lugar, o recrutamento é feito por prova de títulos e, em caso de necessidade, mediante prova oral, consistindo esta na exposição, durante quinze minutos, de um tema jurídico, seguido de livre discussão de quinze minutos, com os participantes da Banca Examinadora.

Exemplo dessa segunda modalidade de seleção temos assemelhada no Brasil, com o concurso para juiz temporário dos Territórios, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, cujos candidatos frequentaram cursos de pós-graduação, o que é visto, quando examinados os tí-

(2) Anteriormente, o prazo de estudos era de três anos.

tulos, estando isentos, todavia, de seguir quaisquer outros cursos. É ao que alude o art. 10 do Decreto-Lei nº 113, de 25 de janeiro de 1967:

“O provimento dos cargos de Juiz Temporário dependerá de prévio concurso de títulos, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentre bacharéis em Direito, com 2 (dois) anos, pelo menos, de graduação e prática na advocacia, na magistratura ou no Ministério Público, e que reúnam, além desses, os requisitos contidos nos incisos I e II do artigo anterior.

Parágrafo único — Os Juízes Temporários estarão sujeitos a recondução de 4 em 4 anos.”

Os incisos I e II do art. 9º dizem respeito à idoneidade moral dos candidatos e à idade (maior de 25 e menor de 48 anos).

Na França, incorrem nessa segunda modalidade de recrutamento (1/6 do número de auditores por concurso):

1º — Os doutores em Direito que provarem sua inscrição junto à Ordem dos Advogados, há pelo menos três anos, de efetiva prática judiciária nos Tribunais do país, ou como advogados junto ao Conselho de Estado, a Corte de Cassação, por idêntico período ou como Procurador, Notário, Escrivão Titular de Ofício de Justiça.

2º — Sendo portador de diploma suplementar de estudos superiores de Direito, ou tendo sido assistente dois anos em Faculdade de Direito do Estado.

3º — Os funcionários licenciados em Direito, cuja competência e atividade no domínio jurídico, econômico e social os qualifique para o exercício da função judicante.

Nesse caso, a Comissão de Concurso dá sua opinião sobre a candidatura dos interessados e propõe ao Ministério da Justiça quer a rejeição do pedido, quer a integração no Centro.

São, pois, condições de admissão ao auditoriado:

- licença em Direito;
- ser francês, ou ter adquirido a nacionalidade francesa há cinco anos, pelo menos;
- estar em gozo dos direitos civis;
- ter moral ilibada;
- estar em dia com o serviço militar;
- preencher condições de aptidões físicas necessárias para o exercício do cargo;
- ter menos de 27 anos até primeiro de janeiro do ano em curso os candidatos que prestarão concurso.

Poderão prestar o concurso homens e mulheres. Ressalte-se que o ingresso de mulheres na magistratura francesa só teve lugar após a promulgação da lei Jeitgem, de 11 de abril de 1946.

Existe, todavia, a possibilidade de acesso direto na magistratura, sem que haja obrigatoriedade de prestação de concurso, reservada em proporção estrita a certas categorias distintas de candidatos.

O acesso se dá por títulos. Podem ser, portanto, nomeados diretamente, sem exame, nem concurso, para as funções do primeiro e segundo grau da hierarquia, na proporção de uma vaga em dez, os cidadãos franceses, licenciados em Direito, sendo:

1º — funcionários há mais de oito anos e cuja competência jurídica, no plano econômico-social, os qualifica para as funções judiciárias;

2º — os assistentes de Direito e os encarregados de cursos, tendo ensinado dois anos, pelo menos, nas Faculdades de Direito;

3º — os Advogados, Notários, Escrivães Titulares de Ofício de Justiça, Escrivães-Chefes, os Escrivães de Câmara na Corte de Cassação, tendo, pelo menos, dez anos de atividade junto às várias jurisdições da República;

4º — os adidos da Administração Central do Ministério da Justiça que tenham, pelo menos, quinze anos de função pública.

Além dessas situações previstas, de acordo com o decreto de 15 de fevereiro de 1963, em vigor até 31 de dezembro de 1965, os Advogados, Procuradores, Notários e Escrivães Titulares de Ofício de Justiça, que retornaram à Metrópole tendo, pelo menos, dez anos de exercício da profissão poderão ser nomeados diretamente para as funções judicantes do primeiro grupo do segundo grau da hierarquia judiciária.

III — Preparação prévia pelos Institutos de Estudos Judiciários do Concurso de Admissão ao Centro

Os Institutos de Estudos Judiciários foram criados nas Faculdades de Direito e de Ciências Econômicas de Paris, Aix-en-Provence, Bordeaux, Lille, Lyon, Nancy, Rennes, Strasbourg, Toulouse, bem como os Centros de Preparação das Faculdades de Caen e de Dijon. A preparação não é obrigatória. Os estudantes de Direito poderão inscrever-se para essa preparação no quarto ano de licenciatura.

O período de escolaridade no Instituto é de dois anos, podendo prestar o concurso os candidatos que estiverem cursando o primeiro ano no Instituto.

Aos estudantes do 3º e 4º anos de licenciatura que se destinam à Magistratura, poderão ser concedidas bolsas, nos moldes das bolsas de "serviço público", que são oferecidas aos alunos dos Institutos de Estudos Políticos.

O quantum máximo da bolsa é de 2.800 F. Para obter a bolsa, o estudante assume o compromisso de apresentar-se, pelo menos, duas vezes ao Concurso de Admissão ao Centro Nacional de Estudos Judiciários. Não logrando êxito, é obrigado a reembolsar as quantias percebidas dentro num prazo de 12 anos e, excepcionalmente, de 5 anos de serviço público.

1 — Da época do concurso, da inscrição e das provas

O concurso de admissão ocorre todos os anos, a partir de 1º de setembro. As inscrições têm lugar entre março e maio, cujas datas, para cada sessão de provas, são fixadas por decreto do Ministro da Justiça, publicado no Diário Oficial Francês.

As propostas dos candidatos são feitas para apreciação pelo Procurador da República junto aos tribunais de grande instância na circunscrição onde reside o candidato. Este deve apresentar-se pessoalmente ao "Parquet".

Os exames de admissão ao Centro constam de:

1º — prova de Cultura Geral, versando sobre assunto concernente à evolução geral de idéias e fatos políticos, econômicos e sociais, a partir da metade do século XVIII. Essa prova tem a duração de seis horas e seu coeficiente é 6;

2º — prova de Direito Civil, constando de dissertação. Esta prova tem a duração de cinco horas e seu coeficiente é 5;

3º — prova de Direito Penal ou de Direito Público, onde há uma dissertação sobre matéria penal, processo penal, direito penal especial, ou de direito público. A duração da prova de direito penal é de cinco horas e tem o coeficiente 4.

Finalmente, há uma prova de tradução em francês, cuja duração de três horas, sobre texto de caráter geral, escrito em língua estrangeira, escolhida pelo candidato, das que são estabelecidas pelo Ministro da Justiça: alemão, inglês, espanhol, italiano e russo. O seu coeficiente é 2.

As provas orais são em número de cinco:

- Organização Judiciária francesa e processo civil;
- Direito Comercial;
- Direito Social;
- Direito Penal, Processo Penal, ou Direito Público;
- Conversação.

A prova de conversação com os examinadores tem como ponto de partida o comentário de um texto de caráter geral. O candidato tem meia hora para preparar o seu comentário.

As três primeiras provas orais têm a duração de quinze minutos e coeficiente dois.

Como exemplos das questões propostas aos candidatos nos anos de 1959, 1960 e 1961, temos:

Em 1959, foi proposto o seguinte tema para a prova de Cultura Geral:

“L'esprit juridique que les critiques étrangers attribuent souvent aux français vous paraît-il avoir déterminé, accéléré ou compromis l'évolution politique, économique et sociale depuis un siècle ?”

Na seção de 1960 propôs-se:

“L'individu dans l'État, au début du dix-neuvième siècle et de nos jours.”

Em 1961, os candidatos tiveram de dissertar sobre o seguinte tema:

“On a dit que la société du dix-neuvième siècle était la société du code civil. Que pensez-vous de ce jugement?”

As questões sobre Direito Civil nos anos de 1959, 1960 e 1961 foram as seguintes, respectivamente:

“La force majeure.”

“Des mesures prises pour éviter un trop grand morcellement des terres par l'effet des successions.”

“Les actes juridiques de l'aliénation.”

As provas de Direito Penal ou Direito Público tiveram os seguintes temas, nos citados anos:

“L'influence de la législation relative aux mineurs délinquants sur l'évolution du droit pénal des adultes.”

“La responsabilité pénale des personnes morales.”

“Le contrôle de la légalité des règlements administratifs par le juge pénal.”

Convém acentuar que as provas de Direito Civil e de Direito Penal ou Público correspondem ao nível do programa que é estabelecido em França para o curso de licenciatura em Direito.

Para a prova de conversação, durante os três primeiros anos, foram escolhidos textos dos seguintes autores: Pascal, Taine, Alain, Baudelaire, Courteline, Maritain, Malraux, Julien Benda, Sartre, Simone Weil etc.

2 — Dos examinadores

O concurso é presidido por um Conselheiro da Corte de Cassação e compreende quatro membros: dois professores de ensino superior ou

assistentes das Faculdades de Direito, ou professores conferencistas das Faculdades de Letras; um membro do Conselho de Estado ou do Tribunal de Contas; um magistrado.

Terminadas as provas, os candidatos são admitidos de acordo com a ordem de classificação e o limite de vagas.

Os candidatos em débito para com o serviço militar não poderão iniciar os seus estudos no Centro a não ser que cumpram antes com essa obrigação.

IV — Do Ensino no Centro de Estudos Judiciários

O ensino proporciona ao corpo discente:

1º — não só o aperfeiçoamento dos conhecimentos jurídicos, teóricos e práticos como também fazer desenvolver no auditor o gosto pela cultura geral, pelo enriquecimento intelectual;

2º — contatos com magistrados de profunda experiência são desenvolvidos, os problemas quotidianos são aflorados e os auditores assimilam, também, o poder e sentido da síntese;

3º — orientação na organização de sua própria atividade, o que facilitará, no futuro, a melhor administração de um serviço de uma jurisdição.

O Centro de Estudos Judiciários, tendo em vista a consecução dos itens acima, oferece estágios efetuados na primeira e segunda instância e cursos jurídicos no próprio Centro. A duração dos estudos e estágio é de três anos.

V — Do Estatuto do Auditor de Justiça

Aquele que for admitido no concurso de provas, ou somente de títulos nos casos já apontados, é chamado de "Auditor de Justiça". O Auditor de Justiça percebe vencimentos durante o período em que estiver afeto à Escola de Formação, oferecendo-se-lhe moradia e, sendo necessário, ajuda para encargos de família e "indemnités de stage".

Desde então, é assemelhado a um magistrado, no que couber, de acordo com o Regulamento do Centro de Estudos Judiciários.

O Auditor de Justiça deve prestar juramento quando do curso de uma audiência solene. Poderá usar durante as audiências a indumentária dos juizes nos tribunais de grande instância, exceto a sobretoga.

O Auditor que não houver terminado o curso é obrigado a indenizar o Centro Nacional de Estudos Judiciários das remunerações percebidas, salvo dispensa.

Antes da saída do curso, o Auditor deve comprometer-se a exercer as funções de magistrado durante dez anos, pelo menos.

VI — Da escolaridade no Centro Nacional de Estudos Judiciários

Nos dez primeiros dias que seguem à admissão no Centro, o Auditor parte para um estágio em um dos onze centros de iniciação judiciária, instituídos na própria Justiça, junto às Cortes de Apelação das províncias: Aix-en-Provence, Bordeaux, Colmar, Dijon, Douai, Lyon, Nancy, Montpellier, Poitiers, Rennes, Toulouse.

Em cada um desses centros, são formados grupos de dez Auditores, no máximo. Esse número é proposto para não se prejudicar o funcionamento das jurisdições, permitindo uma organização mais eficaz.

Um dos princípios diretores do Centro é afastar o Auditor da sua região de origem, para que, longe dela, ocorra mudança de seus hábitos de vida e de atividade, pois essa circunstância “*donne d'excellents résultats sur le plan du développement de la personnalité que sur le plan de l'acquisition de connaissances nouvelles*”.

O Auditor, durante o estágio, fica a par das realidades do dia-a-dia, bem como no que diz respeito aos domínios extrajurídicos, sendo obrigado a freqüentar os diversos juízos e Tribunais, familiarizando-se, assim, com o corpo de funcionários ministeriais e auxiliares de Justiça: Escrivães, Notários, Oficiais de Justiça etc.

O Auditor de Justiça pode inscrever-se na lista dos advogados estagiários, a título gratuito, desde que não tenha obtido o certificado de aptidão para a profissão.

Em cada centro de estágio, os Auditores agrupados ficam sob a autoridade de um magistrado que tem a atribuição de guiá-los, aconselhá-los e controlar suas atividades.

Os Auditores tiram grandes subsídios, assistindo às audiências de instrução, aos julgamentos, aos interrogatórios preparados pelos juízes de instrução, aos trabalhos dos juízes de tutelas, dos juízes de menores.

São os Auditores obrigados a redigir projetos de sentenças, ordenações de juízes de instrução, projetos de conclusão do Ministério Público, pôr ordem, enfim, aos processos penais.

Além de atuar no Judiciário, o Auditor é enviado para estagiar junto aos grandes serviços administrativos (Prefeituras, por exemplo), e empresas importantes (Construções Navais do Atlântico, Ofício Nacional do Azoto, Hulherias do Norte, Forjas e Aciárias de Pont-à-Mousson Rhodiacéta, Air France, Sindicatos de operários, Cooperativas, Caixas de Crédito Agrícola etc.).

Desse modo, é lançado o Auditor estagiário para a descoberta das atividades econômicas e sociais da região onde faz o estágio, vendo, *in loco*, na prática, como surgem os conflitos de direito do trabalho.

No segundo ano, os Auditores recebem formação técnica e geral sobre matérias jurídicas, econômicas e sociais, por meio de curso, estudos dirigidos (dez a vinte Auditores, sob a direção de um magistrado experiente), trabalhos práticos profissionais, conferências no próprio Centro de Estudos em Bordeaux.

Nas conferências, tratam-se, por exemplo, assuntos jurídicos escolhidos, tendo em vista sua relevância e que permitirão aos Auditores aprofundar conhecimentos teóricos, capacitá-los ao bom raciocínio e à síntese.

Os assuntos que dizem respeito aos grandes problemas econômicos e sociais contemporâneos ou que concernem propriamente à atividade profissional dos futuros magistrados, destinados a aumentar os seus conhecimentos técnicos são tratados aí, bem como temas literários e artísticos.

Os temas ali estudados são, por exemplo:

“La liberté contractuelle et l'économie dirigée”; “L'Individualisation de la Peine”; “La sécurité sociale”; “Hérédité et Biologie”; “La Jeunesse dans le Monde”; “Les Pactes de Défense”; “L'Europe”; “L'Organisation de l'Entreprise”; “La Défense Nationale”; “L'Alcoolisme”; “La Personnalité Criminelle”; “L'Expertise Comptable”; “Le Budget de l'État”; “La Médecine Légale”; “Les Assurances”; “La Neuropsychiatrie”; “La Police Scientifique”; “Le Proxénétisme”; “L'Interpol”; “La Science Pénitentiaire”; “La Législation des Loyers”; “Le Chèque”; “Les Substances Vénéneuses”; “La Toxicologie”; “Les Délits de Presse”; “Les Accidents Automobiles”; “La Peine de Mort” etc.

No terceiro ano de escolaridade, os Auditores vêm à Paris. Na capital francesa, os estágios chamados de “aperfeiçoamento” são feitos no Ministério da Justiça, na Corte de Cassação, no Tribunal de Apelação de Paris ou no Tribunal de Grande Instância do Sena, para complementação da formação técnica dos Auditores, adquirida durante o primeiro ano.

Os Auditores, nos dois primeiros anos, estagiam em prisões e em centros de educação vigiada, pelo menos, durante duas semanas. Por conseguinte, não haverá mais magistrados que sentenciem penas de restrição da liberdade sem nunca ter transposto as portas de estabelecimentos penais.

Durante esses estágios, o Auditor tem diante de si informações sobre o tratamento dos delinquentes maiores e menores.

Além desses estágios, os Auditores empreendem visitas de estudos ao Banco de França, às Companhias de Seguro, à “Société Nationale des Chemins de Fer”, Alfândegas, Prefeitura de Polícia (identificação

judiciária), Caixa de Segurança Social, Direção de mão-de-obra, Inspeção do Trabalho etc.

O período de curso para os Auditores que se submetem somente à prova de títulos é de dois anos. São submetidos a um regime de estágios e de estudos adaptados à sua formação de origem.

VII — Dos estagiários estrangeiros

O Centro coopera com os países africanos para a formação de seus futuros juizes. Cidadãos de Estados estrangeiros poderão ser admitidos no Centro Nacional de Estudos Judiciários.

Pouco tempo após sua criação, foram criados no Centro ciclos de estudos particulares para magistrados cambojanos, japoneses, tailandeses, gregos etc.

É evidente que esse intercâmbio de magistrados é importante, pois estimula o culto pelo Direito e pela Justiça, pelo aprimoramento das instituições, além fronteira.

VIII — Da classificação final dos Auditores

A aptidão dos Auditores para o exercício da magistratura é proclamada mediante lista de classificação, publicada no Diário Oficial Francês.

Essa classificação final leva em consideração os três elementos abaixo apontados:

- 1º — média das notas do estágio (coeficiente 1);
- 2º — média das notas relativas aos trabalhos práticos (coeficiente 1);
- 3º — resultado dos exames escritos, cujas provas são as seguintes:
 - Redação sobre uma decisão de Justiça (Direito Civil). O seu coeficiente é 2 e tem a prova uma duração de cinco horas.
 - Compor um processo criminal ou contravencional. Essa prova tem a duração de cinco horas e seu coeficiente é 2.
 - Em seguida, é realizada prova oral, que tem por tema uma acusação ou conclusão sobre determinado assunto. A sua duração é de quinze minutos, no máximo, e o seu coeficiente é 2.
 - Há ainda uma prova de conversação de trinta minutos com a banca examinadora.

Obtendo dois Auditores o mesmo total de pontos, são convocados separadamente pela banca examinadora e interrogados durante quinze

minutos, antes da classificação definitiva, após o que é elaborada a lista final.

IX — Da composição da Banca Examinadora nessa fase final

Antigamente, quando de sua criação, a Banca Examinadora das provas finais era exclusivamente composta por magistrados. Hoje, ela é presidida por um Conselheiro junto à Corte de Cassação e composta por sete membros: um Diretor do Ministério da Justiça, dois magistrados da Corte de Apelação ou Tribunal de Grande Instância, dois professores de Direito e por um alto funcionário.

Os membros da Banca poderão afastar um Auditor do acesso à magistratura ou obrigá-lo a refazer um ano de estudos.

X — O que ocorre após a saída do Centro Nacional de Estudos Judiciários

O Auditor, cujo nome constar da lista de classificação, é nomeado pelo Presidente da República Juiz ou Substituto do Procurador da República, em um Tribunal de Grande Instância, a um cargo de segundo escalão, primeiro grupo da hierarquia judiciária. O Auditor tem direito a escolher o seu cargo, de acordo com a classificação que obteve em lista proposta pelo Ministro da Justiça dentre os 178 Tribunais de Grande Instância do país.

Se estiver classificado dentre 1/3, o Auditor poderá, então, ser nomeado substituto junto à Administração Central do Ministério da Justiça.

Se, por acaso, o seu nome estiver na lista de classificação, o Auditor terá acesso sem concurso ao cargo de Adido de Justiça (cuja instituição se deu com o estatuto de 7 de janeiro de 1959). Nesse cargo poderá atuar, nessa qualidade, junto à Corte de Cassação, a uma Corte de Apelação, a um Tribunal de Grande Instância. O Adido de Justiça exerce, sob a direção dos chefes de sua jurisdição, atribuições não jurisdicionais, como, por exemplo, trabalho de gestão, de redação jurídica, pesquisa jurisprudencial ou doutrinária.

XI — Da Subordinação e Direção do Centro Nacional de Estudos Judiciários

O Centro Nacional de Estudos Judiciários está diretamente subordinado ao Ministro da Justiça e dotado de personalidade civil e de autonomia financeira.

O Centro é dirigido exclusivamente por magistrados. O diretor de estágios, o diretor de estudos, o subdiretor, o secretário-geral também são magistrados.

XII — Do Conselho de Administração

O Conselho de Administração é o órgão que aprecia questões relativas à organização e ao funcionamento do Centro.

O Conselho é composto pelo Primeiro Presidente da Corte de Casação, que o preside, pelo Procurador-Geral junto a esta Corte, que ocupa a Vice-Presidência e por quatorze membros: dois diretores agregados ao Ministério da Justiça, cinco magistrados ou membros do Ministério Público das diferentes jurisdições, três funcionários de outros ministérios, quatro personalidades, das quais duas, pelo menos, exercendo carreira judiciária (Advogado, Procurador, Oficial de Justiça e Escrivão) e uma, eventualmente, dentre pessoas de notório saber no campo sócio-econômico. Os membros do Conselho de Administração são designados para suas funções por um período de seis anos. A sua renovação se dá, de três em três anos, da metade de seus membros.

XIII — Atribuições do Conselho de Administração

O programa dos cursos, conferências e trabalhos práticos são fixados pelo Conselho de Administração, mediante proposta do Comitê de Estudos, composto pelo Diretor do Centro e por seis membros escolhidos dentre magistrados estranhos ao corpo docente do Centro, duas personalidades de notório saber e por dois membros escolhidos do corpo docente.

XIV — Do Corpo Docente

O Centro Nacional de Estudos Judiciários compõe-se de professores de Direito, mestres conferencistas e magistrados.

O Ministro da Justiça escolhe os professores, mediante lista do Conselho de Administração, dentre professores ou antigos professores do ensino superior ou secundário, magistrados, funcionários e personalidades de notório saber.

Todavia, é o Diretor do Centro quem nomeia os mestres conferencistas, após decisão do Conselho de Administração.

XV — Da Criação de Escola ou Curso de Preparação para Juizes no Brasil. Precedentes: o Centro de Estudos de Preparação à Magistratura do Rio Grande do Sul e o Curso de Especialização para Magistrados do Estado do Paraná

O "Centre National d'Études Judiciaires", a partir de sua criação, suscitou muitos adeptos em outros países: Polônia, Iugoslávia, Espanha, Líbano e Brasil (Estados do Rio Grande do Sul e Paraná).

Antecipando-se ao anteprojeto de reforma do Judiciário, o Estado do Rio Grande do Sul criou o Centro de Preparação à Judicatura em seu anterior Código de Organização Judiciária, de 26 de agosto de 1970, para Juizes Adjuntos.

O artigo 65 desse Código estabelecia:

“§ 1º — O Centro de Estudos de Preparação à Judicatura constitui um organismo anexo à Secretaria do Tribunal de Justiça e será dirigido pelo Presidente do Tribunal com a colaboração do Vice-Presidente e do Corregedor-Geral da Justiça.

§ 2º — O tempo de duração do estágio será fixado após cada concurso pelo Conselho Superior da Magistratura, com a colaboração da Comissão de Concursos, bem como o programa do currículo, das conferências e dos trabalhos práticos.

§ 3º — Poderão ser designados desembargadores e juizes corregedores para auxiliar a realização do curso, que poderá contar, ademais, com a colaboração de outras pessoas de elevado saber jurídico.”

O § 4º trata da possibilidade de serem propiciados aos magistrados cursos de aperfeiçoamento dos conhecimentos jurídicos, o que é bastante louvável e acertado.

O mencionado Código foi revogado pelo novo Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, de 27 de outubro de 1975.

O Estatuto da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul, de 2 de dezembro de 1975 (Lei nº 6.929), regula o concurso de ingresso e nomeação dos magistrados.

O art. 4º desse Estatuto dispõe que o ingresso nos cargos da magistratura vitalícia será feito por meio de concurso de provas e títulos, segundo o disposto na Constituição Estadual, no Estatuto e no Regulamento Interno do Tribunal de Justiça.

O art. 8º do citado Estatuto estabelece o seguinte:

“O concurso, precedido da realização de entrevistas dos candidatos, dividir-se-á em duas fases:

- a) provas escritas e orais;
- b) provas de títulos após o estágio de dois anos como Juiz Adjunto, ou, antecipadamente, no caso de o Tribunal de Justiça reduzir esse prazo.”

O art. 12 dispõe sobre a validade do concurso (dois anos). O parágrafo único estabelece que o candidato deverá ser nomeado dentro de 2 (dois) anos, contados da homologação de cada fase do concurso.

A nomeação dos candidatos aprovados no concurso de provas far-se-á para os cargos de Juiz Adjunto sem especialização de comarca e pelo prazo de 2 (dois) anos, podendo esse prazo ser reduzido nos termos do art. 133 e seus parágrafos da Constituição Estadual.

O art. 14 prescreve que “somente após o cumprimento do estágio a que alude o artigo anterior e aprovação na segunda fase do concurso, serão os candidatos nomeados Juizes de Direito, passando a ocupar o primeiro grau da carreira”.

No Estado do Paraná, está previsto pelo seu Código de Organização e Divisão Judiciárias (Resolução Normativa nº 1, de 26 de junho de 1970) curso de especialização para magistrados (art. 27, inciso IV, Título II, Capítulo III).

Estabelece o referido art. 27:

“São atribuições do Tribunal de Justiça:

IV — organizar e manter todos os anos, com recursos próprios ou mediante convênio com a colaboração dos órgãos de ensino superior de Direito e associações de classes afins, cursos temporários de especialização, destinados a bacharéis, que desejem ingressar na magistratura.”

Nesse Estado da Federação, há o cargo de Juiz Substituto Temporário, nomeado por dois anos, prorrogável a investidura por idêntico período.

Regulam a matéria os arts. 5º, § 1º, das Disposições Preliminares, e 81 a 85, do Título VII, Capítulo 1º

O § 1º do art. 5º estabelece:

“Haverá, em cada seção judiciária, um Juiz Substituto, com investidura por 2 (dois) anos, prorrogável por mais um período de idêntica duração.”

O art. 81, do Título VII, Capítulo I, dispõe:

“Os Juizes Substitutos serão nomeados mediante concurso.

Parágrafo único — Serão nomeados pela denominação ordinal da seção judiciária correspondente e servirão por 2 (dois) anos, contados da respectiva posse, podendo ser reconduzidos, pelo Governador do Estado, no interesse da Justiça, mediante proposta do Tribunal de Justiça, ouvido o Conselho Superior da Magistratura.”

O art. 82 trata do chamamento dos pretendentes ao cargo.

No inciso IV do art. 83, que trata do pedido de inscrição dos candidatos, está previsto que os candidatos deverão provar que frequentaram curso de especialização para magistrados, com aproveitamento.

O anteprojeto de reforma do Judiciário cogita de adoção de escola ou curso de preparação para a magistratura. (3)

Assim é que a Emenda nº 33 do anteprojeto de reforma judiciária prevê a criação dessa instituição:

“Emenda nº 33:

Substitua-se a alínea a do § 1º do art. 144, que permite aos Estados, mediante proposta de seus Tribunais de Justiça, a criação de tribunais inferiores de segunda instância, com alçada em causas de valor limitado ou de espécie, ou de umas e outras, pelo seguinte:

a) escolas ou cursos de preparação para a magistratura em que terão de obter prévia habilitação os candidatos no curso de ingresso na carreira.”

Entretanto, alguns pontos merecem ser bem esclarecidos, antes de sua adoção precipitada.

No seu país de origem, o regime de governo é centralizado, o que não acontece com o Brasil. (Cf. art. 1º da Constituição Federal de 1969.)

A extensão territorial francesa cabe quase dezesseis vezes no Brasil!

O Brasil necessita urgentemente de juizes, sobretudo em comarcas do interior e Territórios da Federação.

(3) A Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/76 dá a seguinte redação ao art. 144 e seu inciso I:

“Art. 144 — Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 113 a 117 desta Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os dispositivos seguintes:

I — o ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura; a indicação dos candidatos far-se-á, sempre que possível, em lista triplíce”; (grifo, nosso).

Lê-se, na Exposição de Motivos (n.º 68):

“No sentido do aprimoramento técnico dos futuros juizes, seria relevante a existência de cursos de preparação de candidatos à magistratura, de forma que o Projeto admite, como requisito à prestação do concurso, a exigibilidade de prévia habilitação nos mesmos.”

No tocante às expressões “podendo a lei exigir dos candidatos prova de habilitação em curso de preparação para a magistratura”, faz-se a seguinte crítica:

É de mister que esses cursos de preparação para a magistratura sejam ministrados pelos próprios Tribunais de Justiça, como já ocorre no Rio Grande do Sul, pelo Tribunal Federal de Recursos (na Justiça Federal). A colaboração das Faculdades de Direito, das Faculdades de Economia, de entidades como o Banco Central da República, o Banco do Brasil, a Bolsa de Valores, Juntas Comerciais e órgãos conexos é imprescindível. A manutenção de “cursinhos” particulares e sua proliferação abastardariam certamente a idéia da criação da Escola da Magistratura, uma vez que a instituição diz respeito aos interesses supremos da Nação.

Seriam oportunas as seguintes indagações:

1º — Qual seria o prazo do curso instituído no Brasil? Só daqui a três anos seriam nomeados novos juizes, seguindo-se o prazo estabelecido na legislação francesa?

2º — Existindo apenas um Centro Nacional de Estudos, estaria quebrada a Federação. A Justiça seria então centralizada ou descentralizada?

Sendo vários os Centros de Estudos Judiciários, onde seriam as suas sedes? Nas grandes capitais?

E as despesas com suas instalações?

E os ônus para os seus candidatos?

Na França, o Centro Nacional de Estudos Judiciários é dotado de personalidade civil e autonomia financeira. Como seria a questão regida no Brasil? E nos Estados mais pobres? Como seria resolvida a questão da dotação orçamentária?

Outras indagações a fazer-se e que, sob a luz da estatística, poderão esclarecer pontos importantes seriam:

1º — Qual o número exato de Juizes na Primeira Instância nos Estados da Federação, Distrito Federal e Territórios?

2º — Qual seria o número ideal, presentemente, para o desafogo da prestação jurisdicional?

3º — Qual seria o número ideal de magistrados da segunda instância da Justiça Estadual, do Distrito Federal e de magistrados dos Tribunais Federais, nos casos de competência recursal?

É evidente que as indagações aqui formuladas estão longe de exaurir a matéria, dada sua complexidade e relevância.

O sistema de seleção dos candidatos não deve ser copiado do sistema francês, sem as necessárias adaptações às peculiaridades do Poder Judiciário brasileiro. É de atentar-se que esse processo de seleção prévia, mediante concurso, seria bastante demorado no Brasil, tendo em vista o maior número de advogados, estudantes das Faculdades de Direito. Talvez, *a priori*, a solução fosse o aproveitamento dos pretendentes à magistratura, mediante concurso de títulos, conforme a outra modalidade de seleção do sistema francês e do aproveitamento de funcionários licenciados em Direito e que estivessem afetos ao domínio das letras jurídicas, nos moldes da seleção feita também naquele país. (Ver *infra* nº II.)

Seria o caso de pensar-se, também, no ingresso, independentemente de qualquer concurso ou curso para determinadas categorias de funcionários da Administração da Justiça, nos moldes da lei francesa.

Na conformidade da justificativa do anteprojeto da reforma judiciária, "seria exigido como requisito à prestação de concurso, certificado de conclusão nos cursos de preparação à magistratura, que passa a constituir uma pré-seleção".

Na exposição de motivos do eminente Procurador-Geral da República está prevista a Escola de Aperfeiçoamento de Magistrados: (4)

"Não basta, para uma boa distribuição da Justiça, que o candidato demonstre suficiente habilitação no momento de seu ingresso na magistratura.

Mister se faz que continue ele estudando para aperfeiçoar e aumentar seus conhecimentos. Daí a necessidade da criação de uma verdadeira Escola Superior de Magistratura, com frequência e regime de tempo integral, sem prejuízo da remuneração devida aos juizes que nela se matriculassem, fazendo nesse curso condição e promoção por merecimento aos graus superiores da carreira."

E nas comarcas de Estados e Territórios onde houvesse poucos juizes? Quem substituiria os juizes interessados na promoção por merecimento? Evidentemente, todos estarão interessados em promoção, daí decorrendo melhor vencimento, maior status na carreira.

É a seguinte a Emenda nº 36, proposta ao art. 144 da atual Constituição Federal: (5)

"Acrescente-se ao art. 144 um novo inciso, que seria o VI, com a seguinte redação:

VI — A Lei Orgânica da Magistratura Nacional poderá estabelecer, entre outras, como condição à promoção por merecimento a partir de determinada entrância, ou de acesso ao Tribunal, pelo mesmo critério, frequência e aprovação em curso por escola de aperfeiçoamento de magistrados."

A justificativa a essa emenda é a seguinte:

"A emenda visa a permitir que tão logo seja criada e entre em funcionamento escola de aperfeiçoamento de magistrados,

(4) Exposição de Motivos da Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/76 (n.º 36): "Para boa distribuição da justiça, não basta que o candidato demonstre suficiente habilitação no momento de ingressar na magistratura. Daí a necessidade de criação de escola de aperfeiçoamento de magistrados, fazendo-se oportunamente da aprovação nesse curso condição à promoção por merecimento."

(5) A Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/76 manda acrescentar ao art. 144 o seguinte inciso:

"VI — a lei poderá estabelecer, como condição à promoção por merecimento, a partir de determinada entrância, ou de acesso ao Tribunal, pelo mesmo critério, frequência e aprovação em curso administrado por escola de aperfeiçoamento de magistrados;"

possa ser exigida a aprovação em seus cursos como condição de promoção e acesso por merecimento, tal como ocorre com a Escola do Estado-Maior do Exército.

Não basta que o Juiz demonstre habilitação ao ingressar na magistratura. É preciso que continue a estudar e a se aperfeiçoar para poder atingir, por merecimento, os últimos graus da carreira.”

Convém acentuar que na França, além do “Centre National d'Études Judiciaires”, criado em 1958 e que seleciona candidatos que, ao terminarem o curso de três anos, ingressam na Magistratura, há ainda o “Centre d'Information et de Perfectionnement Judiciaires”, criado em 1969, que funciona em conjunto com o primeiro e que permite, numa espécie de reciclagem, dispensar aos magistrados em exercício as informações exigidas pela profissão para atualização e valorização.

A missão do “Centre National d'Études Judiciaires” consiste em preparar o futuro magistrado para a difícil arte de julgar, tarefa vasta e diversificada, que terá de desempenhar e cujo campo de atividade é imenso.

O processo de criação de Escola Superior de Magistratura, para aferição do merecimento dos Juizes para promoção posterior, necessita de melhor atenção do legislador. É de se atentar ainda para a circunstância de que na França existe especialização de Juizes: Juizes de Instrução, Juizes de Tutelas, Juizes de Casamento, Juizes de Menores etc.

A Emenda de nº 47 do anteprojeto, que dá nova redação ao § 18 do art. 153, ao atribuir ao Tribunal do Júri, ou a Tribunal misto, o julgamento dos crimes de homicídio doloso, admite implicitamente com sua justificativa a especialização, ao estabelecer: (6)

“Justificativa: Numa época de especialização, em que avultam e preponderam os conhecimentos técnicos, não tem mais sen-

(6) Exposição de Motivos da Proposta de Emenda Constitucional n.º 29/76:

TRIBUNAL DO JÚRI

80. Embora tenha ainda extremados defensores, avolumam-se as críticas à instituição do Júri, máxime porque enquanto o juiz é obrigado a fundamentar a sentença, sob pena de nulidade, o jurado tem assegurado o sigilo de seu pronunciamento, o que lhe permite decidir sem nada justificar.

81. Outrossim, enquanto a função do juiz se especializa a cada dia, exigindo maior preparo intelectual e profissional, atribui-se a leigos o julgamento do crime mais grave, que é o de homicídio, além de outros como o aborto e o infanticídio, que implicam pronunciamentos e conclusões eminentemente técnicos.

82. O Projeto, contudo, mantém a instituição do Júri, restringindo sua competência ao julgamento do crime de homicídio doloso e admitindo, ainda, a possibilidade da respectiva constituição como tribunal misto.

tido entregar-se exclusivamente a leigos o julgamento de crimes, entre eles o mais grave — o homicídio — totalmente despreparados sobre os mais elementares conhecimentos de criminologia, de medicina legal e de direito penal.”

Não seria mais sensato o legislador optar pela especialização do magistrado, já que reconhece implicitamente essa circunstância na Justificativa de nº 47?

XVI — Preparação e Formação de Magistrados: Distinção

A ausência de processo de preparação e formação para a magistratura, acentua Alcino Salazar, “é uma das mais graves lacunas do nosso sistema judiciário”.

A preparação e formação de magistrados não se prende a critérios rigorosamente científicos. Os Estados-membros da Federação têm leis próprias, no tocante ao acesso à magistratura. O único ponto comum no recrutamento é a exigência da Constituição Federal do ingresso ser feito mediante concurso público de provas e títulos.

É necessário, sobretudo, distinguir preparação de formação. A preparação diz respeito ao ingresso na magistratura. Representa, conseqüentemente, um mínimo de pressupostos para a atividade. Abrange o curso de bacharelado, curso de pós-graduação, especialização, exercício de atividade no campo do Direito.

A formação tem por pressuposto a preparação. Consiste em período posterior de atividade, exercida após ingresso, para confirmá-lo. A formação resume-se na experiência obtida na carreira. Aí são apuradas as qualidades do candidato para o desempenho da função: idoneidade moral, capacidade jurídica, conduta funcional e pessoal. Essa é a fase dos cursos de aperfeiçoamento, dos simpósios, seminários, congressos, debates.

XVII — Do Primeiro Congresso Internacional dos Magistrados e suas Conclusões

O Primeiro Congresso Internacional de Magistrados teve lugar em Roma (1958). Apenas dois temas nele foram tratados: “A preparação do Juiz para o exercício da função jurisdicional” e “Os tribunais internacionais e supranacionais”. Vários países da Europa, Américas, África e Ásia nele se fizeram representar, inclusive o Brasil, cujo representante foi o Desembargador José Frederico Marques.

Com relação ao tema “A preparação do Juiz para o exercício da função jurisdicional”, que nos interessa no momento, o Congresso chegou às seguintes conclusões:

“a) é recomendada a criação de um organismo centralizado com a dupla tarefa de promover com métodos unitários o ti-

rocínio judiciário e de incentivar estudos e pesquisas visando ao progresso da cultura e da formação do magistrado;

b) nesse período de aprendizado ou tirocínio deve ser colimada uma dupla finalidade de aperfeiçoamento e de seleção de aptidões no interesse do indivíduo e da função;

c) estímulos à especialização técnica dos magistrados;

d) organização de reuniões periódicas, de trabalhos em equipe e cursos de informação dos quais possam participar todos os magistrados;

e) voto no sentido de que a União Internacional dos Magistrados tome a iniciativa de organizar periodicamente encontros internacionais para debate e solução dos problemas mais gerais, comuns a todos os sistemas judiciários e que se relacionem com o aperfeiçoamento técnico da função jurisdicional, concebida como uma atividade fundamental do Estado e uma garantia imprescritível de justiça." (Alcino Salazar, "Poder Judiciário — Bases para Reorganização" — Forense, 1975, pág. 318.)

Como se pode depreender dos princípios assentados pelo Congresso de Roma, busca-se a formação de magistrados preparados e capacitados para a distribuição da Justiça.

XVIII — Conclusão

O concurso de provas intelectuais tem demonstrado sua deficiência. Isso quer dizer que os candidatos nele considerados capacitados são, na maioria das vezes, inexperientes ao iniciarem a judicatura, levando-se em conta, ainda, que as provas são eminentemente teóricas.

É evidente que o melhor sistema é o da preparação de bacharéis em Direito para a carreira da magistratura. A melhor técnica a ser adotada, a nosso ver, seria a investidura temporária na magistratura, mediante prova de títulos dos candidatos, como já ocorre na organização judiciária dos Territórios, como modalidade de seleção prévia e posterior seguimento de curso de preparação para a carreira.

O processo de seleção adotado pelo Estado do Rio Grande do Sul além de ser mais complicado é mais oneroso; o do Estado do Paraná, estabelecendo o curso prévio de aperfeiçoamento para posterior ingresso, não nos parece também eficaz, já que obriga os Juizes Substitutos a prestar novo concurso.

Como salientou o Professor Frederico Marques, representante brasileiro no Primeiro Congresso Internacional dos Magistrados, que teve lugar em Roma, em 1958, "no Brasil, a formação e preparação dos Juizes se encontra em estado vago e informe, confiada mais à experiência que o magistrado adquire no exercício da função do que a critérios científicos rigorosos".

Acentua mais adiante o renomado jurista que “o sistema brasileiro apresenta o grave inconveniente de deixar entregues a pessoas, não só inexperientes, como sem qualquer preparação para o exercício de suas atribuições, os primeiros postos da carreira, isto é, em regra o de Juiz de primeiro grau”. (In Anais do Congresso, 1958.)

Ficou assentado nesse Congresso que “si l'on fait dépendre la préparation professionnelle du juge d'un seul examen théorique initial et d'une pratique, qui n'est pas contrôlée et qui n'est pas demandée partout, on ne peut avoir aucune vraie garantie d'une préparation scientifique de la part de ceux qui entrent dans la Magistrature”. (Anais, I, pág. 294, apud Alcino Salazar, op. cit., pág. 316.)

Desse modo, merece profunda atenção do legislador a adoção da escola ou curso de preparação e aperfeiçoamento para magistrados, reformando-se atentamente o anteprojeto, elaborado pelo Ministério da Justiça e do qual tomamos conhecimento, mediante publicação de **O Estado de S. Paulo**, adaptando-se a novel instituição do Direito francês à realidade sócio-econômica e jurídica brasileira, no sentido de que uma escola de preparação e formação para magistrados no Brasil faça exemplo para o continente.

BIBLIOGRAFIA

- “AVENIRS”, setembro-outubro, 1963, nos 144/145, págs. 58 a 64.
- “Le Centre National d'Études Judiciaires”, 1968, publ. pelo Centro.
- “O Estado de S. Paulo” de 21 de setembro de 1976 (terça-feira).
- ALCINO SALAZAR — “Poder Judiciário — Bases para Reorganização”, Forense, 1ª edição — 1975.
- “Reforma do Poder Judiciário — Diagnóstico”, Supremo Tribunal Federal, 1975.
- “Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul”, Edição da Diretoria da Revista de Jurisprudência e Outros Impressos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
- “Estatuto da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul”, Porto Alegre, 1976, Edição da Diretoria da Revista de Jurisprudência e Outros Impressos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
- “Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná”, 1970, Departamento de Imprensa Oficial do Estado do Paraná.
- “La Justice en France” — La Documentation Française Illustrée, pág. 6.
- “Ordonnance” n.º 58-1270, de 22 de dezembro de 1958, relativa ao Estatuto da Magistratura, art. 14 e seguintes.
- “Ordonnance” n.º 59-77, de 7 de janeiro de 1959, relativa ao “Centre National d'Études Judiciaires” (Diário Oficial Francês do dia 8 de janeiro de 1959), modificada pelos decretos n.º 60/67, de 12 de janeiro de 1960, n.º 60-1529, de 30 de dezembro de 1960 (Diário Oficial Francês, do dia 20 de janeiro de 1961), 63-878, de 24 de agosto de 1963 (Diário Oficial Francês de 30 de agosto de 1963), 65-160, de 1.º de março de 1965 (Diário Oficial Francês de 4 de março de 1965) e 63-321, de 23 de maio de 1966 (Diário Oficial Francês de 27 de maio de 1966), Lei n.º 70.613, de 10 de julho de 1970 (Diário Oficial Francês de 13 de julho, pág. 6526).
- “Notes et Études Documentaires” — L'Organisation Judiciaire en France (La documentation française, 14 de fevereiro de 1972, 71 páginas).

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

"REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA"

	Cr\$
— nº 1 (março/1964)	10,00
— nº 2 (junho/1964)	esgotada
— nº 3 (setembro/1964)	"
— nº 4 (dezembro/1964)	"
— nº 5 (março/1965)	"
— nº 6 (junho/1965)	"
— nº 7 (setembro/1965)	"
— nº 8 (dezembro/1965)	"
— nº 9 (março/1966)	"
— nº 10 (junho/1966) (reimpressão)	30,00
— nº 11 (setembro/1966)	esgotada
— nº 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão)	25,00
— nºs 13 e 14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão)	15,00
— nºs 15 e 16 (julho a dezembro/1967)	esgotada
— nº 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão)	20,00
— nº 18 (abril a junho/1968) (reimpressão)	30,00
— nº 19 (julho a setembro/1968)	10,00
— nº 20 (outubro a dezembro/1968)	10,00
— nº 21 (janeiro a março/1969)	10,00

	Cr\$
— nº 22 (abril a junho/1969)	esgotada
— nº 23 (julho a setembro/1969)	10,00
— nº 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão)	esgotada
— nº 25 (janeiro a março/1970)	esgotada
— nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão)	20,00
— nº 27 (julho a setembro/1970)	esgotada
— nº 28 (outubro a dezembro/1970)	esgotada
— nº 29 (janeiro a março/1971)	esgotada
— nº 30 (abril a junho/1971)	15,00
— nº 31 (julho a setembro/1971)	15,00
— nº 32 (outubro a dezembro/1971)	15,00
— nº 33 (janeiro a março/1972)	15,00
— nº 34 (abril a junho/1972)	15,00
— nº 35 (julho a setembro/1972)	15,00
— nº 36 (outubro a dezembro/1972)	15,00
— nº 37 (janeiro a março/1973)	20,00
— nº 38 (abril a junho/1973)	25,00
— nº 39 (julho a setembro/1973)	25,00
— nº 40 (outubro a dezembro/1973)	20,00
— nº 41 (janeiro a março/1974)	15,00
— nº 42 (abril a junho/1974)	25,00
— nº 43 (julho a setembro/1974)	35,00
— nº 44 (outubro a dezembro/1974)	20,00
— nº 45 (janeiro a março/1975)	30,00
— nº 46 (abril a junho/1975)	30,00
— nº 47 (julho a setembro/1975)	30,00
— nº 48 (outubro a dezembro/1975)	30,00
— nº 49 (janeiro a março/1976)	30,00
— nº 50 (abril a junho/1976)	30,00
— nº 51 (julho a setembro/1976)	30,00
— nº 52 (outubro a dezembro/1976)	30,00

**"ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA —
NÚMEROS 1 a 50" — enviaremos gratuitamente a quem
nos solicitar.**

"JORNALISMO" — LEGISLAÇÃO (1963) esgotada

"DIREITO ELEITORAL"

— Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963) esgotada

"REFORMA AGRÁRIA"

- Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de Emenda à Constituição, mensagens presidenciais, legislação (1963)
- Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)
- Debates parlamentares — Senado Federal (1963) esgotada

"DIREITO DE GREVE" (Edição de 1964)

- Histórico do Direito de Greve no Brasil
- Constituinte de 1946
- Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional
- Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64
- Jurisprudência dos Tribunais
- Pareceres da Consultoria-Geral da República esgotada

"VENDAS E CONSIGNAÇÕES" (Edição de 1965)

- Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na *Revista de Informação Legislativa* nºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) esgotada

"LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO"

- Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) — legislação correlata — 4 volumes esgotada
- Atos Institucionais — Atos Complementares — Decretos-Leis e legislação citada ou revogada — Índices cronológico e por assunto — Governo do Presidente Costa e Silva — dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente Emílio G. Médici:
 - 1º volume, contendo 268 páginas
 - Atos Institucionais nºs 1 a 4
 - Atos Complementares nºs 1 a 37
 - Decretos-Leis nºs 319 a 347 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada
 - 2º volume, contendo 314 páginas
 - Ato Institucional nº 5
 - Atos Complementares nºs 38 a 40

	Cr\$
Decretos-Leis nºs 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 3º volume, contendo 304 páginas	
Atos Institucionais nºs 6 e 7	
Atos Complementares nºs 41 a 50	
Decretos-Leis nºs 410 a 480 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 4º volume, contendo 490 páginas	
Atos Institucionais nºs 8 e 9	
Ato Complementar nº 51	
Decretos-Leis nºs 481 a 563 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 5º volume, contendo 336 páginas	
Ato Institucional nº 10	
Atos Complementares nºs 52 a 56	
Decretos-Leis nºs 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	esgotada
– 6º volume, contendo 488 páginas	
Ato Institucional nº 11	
Atos Complementares nºs 57 a 62	
Decretos-Leis nºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais nºs 12 a 17	
Atos Complementares nºs 63 a 77	
Decretos-Leis nºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis nºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	15,00
– 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis nºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índice remissivo e por assunto	30,00

– 11º volume, contendo 503 páginas	
Decreto-Leis nºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índice remissivo e por assunto	35,00
– 12º volume, contendo 309 páginas	
Decreto-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	25,00
– 13º volume, contendo 406 páginas	
Atos Complementares nºs 78 a 94	
Decreto-Leis nºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas	
Decreto-Leis nºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas	
Atos Complementares nºs 95 a 97	
Decreto-Leis nºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	20,00
– 16º volume, contendo 424 páginas	
Atos Complementares nºs 98 e 99	
Decreto-Leis nºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei nº 1/65	40,00
 “ANAI DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) (Edição de 1966)	
– Quadro Comparativo: Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constituição de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos e itens	esgotada
 “ANAI DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”	
– 1º volume – Antecedentes da Constituição através do noticiário da imprensa	

- 2º volume – Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional – Discussão e Votação do Projeto
- 3º volume – Discursos pronunciados em sessões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados
- 4º volume (2 tomos) – Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional
- 5º volume – Comissão Mista
- 6º volume (2 tomos) – Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição
- 7º volume – Quadro Comparativo da Constituição de 1967 – Projeto originário do Poder Executivo – Emendas aprovadas (artigo por artigo) esgotada

“REFORMA AGRÁRIA” (3 tomos) (Edição de 1969)

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginália (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas esgotada

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”
– QUADRO COMPARATIVO (2ª edição) 30,00

Contém, comparadas em todos os artigos:

Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69, nº 2, de 9-5-72, nº 3, de 15-6-72, nº 4, de 23-4-75, nº 5, de 28-6-75, nº 6, de 4-6-76, nº 7, de 13-4-77, e nº 8, de 14-4-77.

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais nºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional nº 6/69).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações, são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

	Cr\$
"O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL" (Edição de 1970)	
– Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970	15,00
"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos – profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971)	esgotada
"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS" (Edição de 1971)	
– Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos)	45,00
"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1971)	
– Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 – "Lei Orgânica dos Partidos Políticos"	esgotada
"LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR" (Edição de 1972)	
contendo:	
– Emendas Constitucionais – Atos Institucionais – Atos Complementares – Leis Complementares.	
– Legislação citada – sinopse (com suplementos: I, de 1973; II, de 1974; III, de 1975; IV, de 1976; e V, de 1977)	40,00
"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos"	70,00
"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (2ª edição, revista e atualizada – 1974)	
– Textos legais, instruções do TSE, quadro comparativo (Leis n.ºs 5.682/71 e 4.740/65, com suas alterações) Suplemento de outubro de 1976	20,00 20,00
"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)	
– 1º volume (3 tomos)	
– Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "institui o Código de Processo Civil" (Projeto do	

Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)

– 2º volume (2 tomos)

– Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)

– Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)

– 3º volume

– Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que “retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil”

– Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”

– Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”.

Preço da coleção 180,00

“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)

– Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal” 45,00

“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)

– Quadro Comparativo (Novo Código Penal – Código Penal de 1940)

– Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata)

– Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) esgotada

“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)

– Lei Orgânica da Previdência Social atualizada

– Notas – Remissões – Comparações – Regulamentações

– Jurisprudência Administrativa

– Ementário de legislação 20,00

	Cr\$
“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que “altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências” (2 tomos)	70,00
“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (Edição de 1974)	
– Texto atualizado da CLT	
– Comparação com o texto original e alterações	
– Legislação correlata	
– Notas	35,00
“REFORMA ADMINISTRATIVA” (2ª edição – 1976)	
– Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações	
– Legislação: alteradora, citada e correlata	
– Legislação de Pessoal	40,00
“PROCESSO LEGISLATIVO”	
(2ª edição – 1976)	
– Aspectos Fundamentais	
– Emenda Constitucional nº 1	
– Regimento do Congresso Nacional	
– Regimento do Senado Federal	
– Regimento da Câmara dos Deputados	15,00
“DIREITO FINANCEIRO”	
(2ª edição – 1976)	
– Lei nº 4.320, de 17-3-64	
– Diretrizes de Interpretação	
– Regulamentação	
– Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta – Portaria nº 61/73, da Inspeção-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75)	20,00
“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” – Quadro Comparativo Anotado (2 volumes)	
– 1º Volume	
– Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)	

- 2º Volume - Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo:
 - legislação correlata;
 - jurisprudência;
 - doutrina;
 - emendas aprovadas pelo Congresso Nacional;
 - Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid;
 - legislação estrangeira; e
 - remissões.

Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.869, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73 70,00

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"

- Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 Tomos) esgotada

"LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS" (edição 1976)

- Textos atualizados em vigor das Leis Orgânicas Municipais dos Estados da Federação Brasileira. Índice e notas (2 Tomos) 100,00

"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE -- Dispositivos de Constituições Estaduais"

- Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF. (2 Tomos) 150,00

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

(Edição de 1977) (formato bolso)

- Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-6-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; e 8, de 14-4-77 10,00

PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA

"REGIMENTO INTERNO" (edição 1976)

- Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976 15,00

**RELAÇÃO DOS VOLUMES E TOMOS DA COLEÇÃO COMEMORATIVA
DO SESQUICENTENÁRIO DA INDEPENDÊNCIA DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL**

(Editada pelo Centro Gráfico do Senado Federal, c/seus respectivos preços)

N.º do Volume	N.º do Tomo	N.º de Páginas	TÍTULO	Preços (Cr\$)
1	—	220	O Parlamento e a Evolução Nacional, Introdução Histórica	20,00
2	I	296	O Parlamento e a Evolução Nacional	30,00
2	II	400	O Parlamento e a Evolução Nacional	40,00
3	I	334	O Parlamento e a Evolução Nacional	45,00
3	II	274	O Parlamento e a Evolução Nacional	25,00
4	I	288	O Parlamento e a Evolução Nacional	25,00
4	II	316	O Parlamento e a Evolução Nacional	esgotado
5	—	768	O Parlamento e a Evolução Nacional	70,00
—	—	152	Testemunhos sobre Milton Campos	esgotado
—	—	184	A Constituinte de 1823	20,00
1	—	116	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal)	10,00
2	—	364	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal)	35,00
9	—	252	Atas do Conselho de Estado (Senado Federal)	25,00
1	—	448	Parlamentares do Império	esgotado
2	—	244	Parlamentares do Império	esgotado
1	—	736	Obra Política de José Bonifácio ..	60,00
2	—	352	Obra Política de José Bonifácio ..	30,00
1	—	404	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)	60,00
2	—	392	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)	60,00
3	—	408	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)	60,00
—	—	48	Diário da Assembléa-Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil — ÍNDICE	20,00

Os pedidos de publicações constantes desta relação deverão ser dirigidos à SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL, Ed. Anexo I, 11º andar, Praça dos Três Poderes — 70.000 — BRASÍLIA — DF, acompanhados de cheque nominal, visado, pagável em Brasília e emitido a favor do CENTRO GRÁFICO DO SENADO FEDERAL, ou pelo sistema de REEMBOLSO POSTAL

REEMBOLSO POSTAL

Peça o **Catálogo de Publicações** da Subsecretaria de Edições Técnicas. Escolha as publicações de seu interesse, preencha o cartão resposta comercial e remeta-o pelo Correio. Não é preciso selar.

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.000